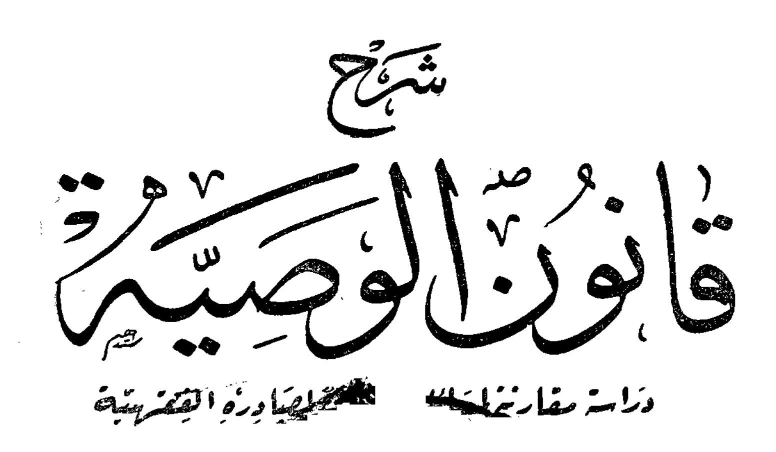


تأليف

محمد أبو زهرة

الأستاذ بكلية الحقوق — جامعة القاهرة

الناشر
مكتبة الأنجلو المصرية
١٦٥ شارع محمد فريد
القاهرة

مطبعة احمد مخيمر ٤٧١٩٣

افتتاحية الطبعة الثانية :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فإنا نحمد الله ونستعينه . ونقدم الطبعة الثانية من كتابنا (شرح قانون الوصية) وقد تلقى رجال القانون والمشتغلون بالفقه الإسلامى ذلك الكتاب تلقياً محموداً منهم ، مشكوراً لهم ، إذ تقبلوه بقبول حسن ، كان جديراً بفضلهم ، وأكثر مما نستحق ، فجزاهم الله عنا وعن العلم خيراً ، وأحسن مثوبتهم ، وهو الولى المتعال .

وإن هذه الطبعة هى كالأولى فى مبناها ومعناها ، نقحت بعض عباراتها ، وشذب بعض أطرافها ، فلم نزد فى الجملة شيئاً على الأولى ، إذ لم نجد ما يوجب التغيير أو التبديل ، أو زيادة فصول لم تكن .

بيد أننا وجهنا عنايتنا إلى أمرين كان ما استوجب العناية بهما :

(أحدهما) : توضيح عبارات فى القانون كنا نظنها واضحة ، ونبهنا إلى وجوب تجليتها أعضاء اللجنة التى تولت وضع القانون بالصيغة الفرنسية ، فقد كان الأعضاء الكرام ، وهم من الصفوة المختارة من رجال القانون يسألوننا عن عبارات غير بينة كنا نظنها بينة ، فكان ذلك الاستفسار الكريم تنبيهاً حسناً إلى وجوب بيانها ، فبيناها فى هذه الطبعة .

(ثانيهما) : ما يتعلق بالوصية الواجبة من ناحية استخراجها ، وبيان طريق حل مسائل الميراث المشتملة عليها ، فقد سلكنا فى طريق الحل ما رأيناه يتفق مع نصوص القانون والمقصد منه ، وبينا ذلك فى الطبعة الأولى ،

واكتفينا فيها ببيان ما رأيناه الطريقة المثلى ، وتركنا الموازنة بينها وبين غيرها من الطرائق ؛ وأحلنا تلك الموازنة على بحث كنا كتبناه فى مجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد فى قانون الوصية) ولكن فضيلة الأستاذ الجليل مفتى مصر اختار فى فتياه بعض الحلول التى أدحضناها فى هذا البحث ؛ وبعض القضاة الشرعيين اختار طريقة أخرى ، وكثيرون اختاروا ما اخترنا ، فحق علينا أن نبين الموضوع فى هذه الطبعة ، ولا نحيل على ما كتبنا فى مجلة القانون والاقتصاد ؛ لأنها لا يقرؤها إلا الخاصة من رجال القانون ، وسنجتهد فى عرض حجة المخالفين بأمانة ، فنبين مصادرها ، ثم نجلى المآخذ عليها ، ولا نريد إلا الحق السائغ ، فلا نختار ما يعطى أحداً أكثر مما يستحق ، ولا نختار ما يطفف حق أحد ، بل نرجو أن يكون فيما اخترنا القسطاس المستقيم ، ونضرع إلى المولى جلت قدرته وعظمت منته أن يديم علينا نعمة التوفيق ، فإنه لولا فضل الله وتوفيقه ما استنار لنا سبيل ، ولا اهتدينا إلى طريق ، وإنه سبحانه على ما يشاء قدير ، وهو نعم المولى ونعم النصير ؟

ربيع الأول سنة ١٣٦٩
يناير سنة ١٩٥٠

محمد أبو زهرة

إفتتاحية الطبعة الأولى :

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمـــد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمى ، وعلى آله وصحبه ، وسلم .

أما بعد ، فهذا شرح القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، المبين لأحكام الوصية ، قد ألقيت بعضه دروسا على طلبة كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، ولم أقيد نفسى فيه بكفاية الطالب وحاجته ، بل أطلقت القلم ، ليجد فيه الدارس والباحث بغيته ، فجاء للطالب غاية ونهاية ، ووضع المصباح للباحث ، وفتح له عين الطريق .

ولقد عنيت فى هذا الشرح بثلاثة أمور :

(أولها) توضيح معانى القانون وفتح مغلقاته ، وكشف عباراته ، وبيان مراميه ، وتصوير صوره ، ولم يكن ذلك أمراً سهلا ، فإن ألفاظ القانون لم تكن بينة جلية ، ولم تجل المذكرة التفسيرية مواضع الإبهام ، فى كثير من الأحيان ، ولم تفرع الفروع ، وتضرب الأمثال ، فبذلنا فى ذلك جهداً غير قليل ، ونرجو أن نكون قد وصلنا فى ذلك إلى ما نرجو من توضيح وبيان .

(ثانيها) بيان المصادر التى استقى منها القانون أحكامه ، وموازنتها بمذهب أبى حنيفة الذى كان معمولا به من قبل إذا كان الجديد يخالفه ، بل كنا فى أكثر الأحوال نوازن بين الآراء المختلفة بين الفقهاء ، ونسوق الأدلة لكل رأى لكى يتجلى فقه الموضوع لدى القارىء ، ويستطيع المطبق للقانون أن يعرف مساره واتجاهه ، وروحه ومنطقه ، ويفصل مجملة ، ويستنبط أحكام مالم ينص عليه فى القانون من مصدره ، وما اشتق منه .

(ثالثها) نقد القانون ، وتمحيص أحكامه ، ووزنها وزناً دقيقاً بالأصول

الفقهية ، والغايات المصلحية ، والنتائج المترتبة على الأخذ بأحكامه ، وتعميمها في الأمر ، وبيان حسن العقبى ، أو سوئها .

وقد يقول قائل : إنه لا حاجة إلى هذا النقد ، بعد أن صارت تلك الأحكام قانوناً ، إذ زمان النقد ، وهى مشروع ، ولذلك القول وجهه بالنسبة للقاضى الذى يطبقه ، لا بالنسبة للشارح الذى يبينه ، فإن القاضى توجب عليه العدالة القانونية أن يلتزم أحكام ما شرع ، لا أن يشرع بحكمه ، فأوجب هذا الاعتبار عليه الاتباع دون الرد والتزييف .

أما الشارح فهو مبين للمصادر والغايات ، والمرامى والاتجاهات ، وإن ذلك لا محالة يسوقه إلى التمحيص والنقد أحياناً ، ولو امتنع عن النقد ما أصلح قانون ، ولجمدت الأحكام ، ولتحمل الناس آثام هذه العيوب ، إن لم يكن ذلك المرشد العلمى

ولقد وجدنا فى القانون مبادىء جديدة خطيرة على الأسرة نبهنا إليها ، ووجدنا أحكاما كان غيرها أولى بالأخذ منها فذكرناها ، وذكرنا ما يقابلها ووجه الصلاح فيه ، ووجدنا أحيانا أحكاما متناثرة ، بل متنافرة فى أصولها ، لا تجمعها قاعدة ولا يضبطها ضابط ، فلم نضن على القرطاس ببيان تنافرها ، وما كان يجب لتأنيس أحكامها ، بعضها ببعض .

وإنا لنرجو أن يكون ذلك حافزاً على إعادة النظر فى هذا القانون .

هذا ، وإنا فى ذلك الشرح لم نتقيد فيه بترتيب مواد القانون ، بل رتبناه ترتيباً علمياً ، وبوبناه تبويباً يتفق مع التقسيم العقلى المنطقى ، مع شمول الشرح لكل مواد القانون من غير نقص ولا إهمال ، فتكلمنا فى إنشاء الوصية ، وكل ما يتعلق به ، ثم تكلمنا فى الموصى ، ثم الموصى له ، ثم الموصى به ، ثم أحكام الوصية ، ثم تنفيذها

والله سبحانه وتعالى هو الذى أمدنا بعونه وتوفيقه ، فنحمده سبحانه وتعالى ، ونبتهل إليه أن يجعل فيه من النفع للناس بمقدار ما نرجو ؛ وهو العليم الخبير ؟

يناير سنة ١٩٤٧ محمد أبو زهرة

تمهيد

١ — تنقسم أسباب الملكية إلى ثلاثة أقسام :

(أولا) أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن على الشيء ملكية قط ، وهى إحراز المباح ، والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على الشيء لم تكن ثابتة عليه .

(ثانيها) أسباب ناقلة للملكية من حيز إلى حيز ، وهى العقود الناقلة للملكية ، أو بعبارة أعم التصرفات الناقلة للملكية ، سواء أكانت فى أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم وضعت فى معنى آخر ، ولكن جاء نقل الملكية أثراً للعقد ، وليس جزءاً من حقيقته ، كالمهر فى الزواج ، فإنه ينتقل إلى ملكية الزوجة ، وإن كان عقد الزواج لم يكن فى حقيقته لنقل ملكية ذلك المال ، بل القصد الأول منه هو حل العشرة الزوجية بينهما ، وجاء المهر حكما من أحكامه ، أى كان أثراً من آثاره .

(القسم الثالث) أسباب للملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذى تئول الملكية فيه إلى شخص له صلة بالمالك الميت ، لأن المالك قد ذهبت ذمته المالية بموته ، فكان لابد أن ينتقل ما كان له من حقوق وأموال إلى آخر يعد خليفة له فى حقوقه وأمواله ، وهذا الشخص يكون فى الغالب وجوده امتداداً لوجود الميت ، أو ممن عاونوه وناصروه فى حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه فى تكوين ماله ، وحمايته .

٢ — وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا فى المواريث ، فإن خلافة الوارث للمورث فيما له من حقوق ، تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة من المورث ، بل من غير إرادة الوارث ، ولذلك قالوا إنه لا يدخل شيء فى ملك الإنسان جبراً عنه ، سوى الميراث ، فإنه يدخل ملكه من غير إرادته .

وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة الشخص ، وهذا فى الوصية ، فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى خلافته عن الموصى ، وهى خلافة اختياريه من الموصى ، ومن الموصى له ، فالموصى أراد أن يكون هذا خليفة له فى قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريداً مختاراً .

٣ — ولقد حد الشارع حدوداً للخلافة الاختيارية فى القدر الذى تجوز فيه ، وفى صفة الموصى له ، وفى الباعث على تلك الخلافة ، وفى الشروط المقترنة ، ولم يترك أمرها فرطاً ؛ لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذى يتولى أمر الخلافة فى مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكى يتدارك الشخص ما عساه يكون قد فاته من واجبات فى حياته ، وليكافىء من عاونه وناصره من غير أقاربه فى هذه الحياة ، أجاز له الشارع فى قدر معين ، وهو الثلث ، أن يختار خليفته فيه ، على أن يكون فى ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لأمر محرم ، ولذلك قال ﷺ : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم » ، وروى أن سعد بن أبى وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا ، فقال فبثلثى مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ؟ قال : لا ، قال فبثلث مالى ، فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير ؛ إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس .

وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم ، والتوزيع العادل وترك للشخص التصرف بعد وفاته فى الثلث فقط تداركا لما فاته من واجبات كما قلنا ، ورفعاً لخسيسة من يرى له حقاً ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذى حق حقه : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

إنشاء الوصية وثبوت الملكية بها

٤ م — ذكر القانون فى المادة الأولى[1] منه تعريف الوصية، فعرفها بأنها تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت. وهذا تعريف قد وضعه الذين أعدوا القانون فى أدواره الأولى، وخالفوا فيه تعريفات الفقهاء المختلفين لها، فقد عرفها بعضهم بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وبعضهم بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وعرفها الكاسانى بأنها اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد الموت، وقال الكرخى فى تعريفها: إنها ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته، أو فى مرضه الذى مات فيه.

٥ م — هذه التعريفات كلها ناقصة، وتعريف القانون أشمل منها، وأضبط، وأدق ووجه نقصها أن التعريف الأول لا يشمل الإسقاطات كالإبراء، ولا يشمل كل ما جاء فى القانون على ما سنشير إليه. والتعريف الثانى، والثالث، لا يشملان بعض الوصايا التى اشتمل عليها القانون، كالوصية بتقسيم التركة بين الورثة. وتعريف الكاسانى لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه، لأنه ما أوجبها على نفسه، بل هى واجبة بإيجاب الشارع، وما أوجبه هو أداؤها بعد وفاته، وتعريف الكرخى يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند إنشائها، وهذا لا يتفق مع الوضع الفقهى لها؛ لأن الذى يقرره الفقهاء[2] أن تبرعات المريض المنجزة فى حال مرضه تأخذ فى إنشائها حكم الهبات، فيشترط

---

(١) نص المادة الأولى: «الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت».

(٢) قد اعتبر القانون المدنى الجديد كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت. ويكون مقصوداً به التبرع تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر فى مرض الموت اعتبر تبرعاً، حتى يقوم الدليل على خلافه ويعتبر التصرف وصية أيضاً إذا كان لأحد الورثة واشترط المتصرف ولو كان صحيحاً حيازة العين التى تصرف فيها والانتفاع بها مدى الحياة، مالم يقم دليل على خلاف ذلك المادتان ٩١٦، ٩١٧.

لتكوينها ما يشترط فى الهبات ، ولكنها فى المآب تأخذ حكم الوصية إن استوفت عند إنشائها شروط الهبة ، بحيث إذا لم تستوف هذه الشروط عند الإنشاء تبطل ولا يكون لها حكم الوصايا بعد الوفاة ، فالهبة فى مرض الموت إذا لم تقبض ، ومات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له تبطل ، ولا تأخذ حكم الوصايا ، فتعريف الكرخى قد أدخل فى الوصايا ما ليس منها فى حقيقته ، وإن أخذ حكمها فى نهايته احتياطاً لحقوق الورثة ، وحماية لها .

٦ م — وكان تعريف القانون أجمع من هذه التعريفات ؛ لأنه يشمل كل الوصايا التى اشتمل عليها ، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات ، وتقرير مرتبات ويشمل تقسيم التركة بين ورثته ، ويشمل ما يكون بالمنافع ، ولا يكون بالأعيان ، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق ، إن كان قد بين ذلك الوفاء ، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً فى التركة ، إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره .

ولا ينقص التعريف أنه لم يشمل تبرعات المريض مرض الموت المنجزة التى تأخذ حكم الوصايا ، فقد بينا أن الفقه الصحيح ، لا يجعلها من الوصايا من حيث الإنشاء . فعدم شمول لها من كمال ذلك التعريف ، لا من أسباب نقصه .

٧ م — وركن الوصية قد ذكره القانون فى الفقرة الأولى من المادة الثانية[1] فقد ذكرت هذه الفقرة أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة ، لمن قدر عليهما ، فإن لم يكن قادراً عليهما انعقدت الوصية بالإشارة الدالة على ذلك ، سواء أكان العجز بسبب أنه أخرس ، أم اعتقل لسانه لمرضه ، ولم يكن يعرف القراءة والكتابة ، أو عجز عن الكتابة ، ففى كل هذه الأحوال تغنى الإشارة عن العبارة فى إنشاء الوصية ، وإن لم تغن فى إثباتها كما سيتبين .

٨ — ونريد هنا أن نتكلم فى أمرين : (أحدهما) فى العبارة التى تنشىء الوصية وما يقوم مقامها ، (وثانيهما) فى ركن الوصية ، أهو الإيجاب فقط من الموصى

(١) هذه الفقرة من المادة الثانية هى : « تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » .

أى أنها تصرف بإرادة منفردة ، أم هى تصرف ينشأ بإيجاب وقبول ؟ وما وقت هذا القبول ؟ إن كان ثمة حاجة إليه .

٩ — أما الأمر الأول ، فمن المقرر عند الحنفية أن التصرف ينشأ بالعبارة إن كان المتصرف قادراً عليها ، ولا تغنى الكتابة غناءها إلا إذا كان العقد بالمراسلة فإن المشافهة حينئذ تكون غير ممكنة ، فتقوم مقامها المكاتبة ؛ وهذا لأن الأصل فى الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ ، فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز .

فإذا كان عاجزاً عن العبارة كالأخرس والمعتقل كما ذكرنا قامت الإشارة المفهمة أو الكتابة مقام اللفظ ، وإذا كان من لا يستطيع النطق لا يعرف الكتابة اكتفى بالإشارة بلا كلام ، وإن كان يعرف الكتابة فنى المذهب الحنفى رأيان : (أحدهما) أنه لا يجوز عقده بالإشارة ، لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ، ولا يعدل عن الأقوى إلى الضعيف من طرق الإفهام ما دام الإفهام بالأقوى ممكناً .

و (القول الثانى) أن الإشارة تكفى فى إنشاء العقد ، لأن العبارة هى الأصل ، فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له فى غيرها قام كل ما يدل على العقد مقامها ، والقول الأول هو رواية الأصل ، والقول الثانى هو رواية الجامع الصغير فكان منشأ القولين هو اختلاف الرواية [١] .

هذا مذهب أبى حنيفة فى أحكام العقود عامة ، وتراه يخالف ما جاء بالمادة الثانية من القانون فى ناحيتين :

(إحداهما) أنه لا يجوز العقد بغير النطق إلا عند العجز عنه ، بينما القانون فى الوصية يجعل الكتابة فى مقام العبارة بلا فارق بينهما .

(وثانيهما) أنه قرر أن الإشارة لا يتجه إليها عند العجز عن الكتابة ، وهــذا يخالف الرواية الثانية للمذهب ، وهى رواية الجامع الصغير ، ولكن فى المذهب بالنسبة للوصية جواز إنشائها بالكتابة ، ثم قراءتها عليه [٢] وإن هذا

---

(١) راجع الملكية ونظرية العقد ص ٢٠١ للمؤلف .

(٢) راجع الهندية والخانية فى كتاب الوصايا .

الحكم يتفق مع قول مالك ، وقول فى مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنهما ، ففى المدونة الكبرى فى كتاب الوصايا الأول :

« قلت أرأيت رجلا كتب وصيته ، ولم يقرأها على الشهود ، ودفعها إليهم مكتوبة ، وقال لهم اشهدوا على بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها ؛ إلا أنه دفعها إليهم مكتوبة ، وقال اشهدوا على بما فيها ، قال مالك ذلك جائز إذا عرفوا أنه الكتاب بعينه . وقال ابن وهب عن مالك مثله إذا طبع عليها ودفعها إلى نفر ، وأشهدهم أن ما فيها عنه ، وأمرهم أن يكفلوا خاتمه ، حتى يموت ، قال ذلك جائز إذا أشهدهم أن ما فيه منه . . . عن عاصم بن عمر بن الخطاب أنه كان إذا أراد سفراً كتب وصيته ، وطبعها ، ثم دفعها إلى سالم بن عبد الله بن عمر ، وقال اشهدوا على بما فيها إن حدث بى حدث ، فإذا قدم قبضها منه » [1] .

وجاء فى المغنى : « ومن كتب وصيته ، ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها ، نص أحمد على هذا فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فقال ومن مات ، فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ، ولم يشهد فيها ، وعرف خطه ، وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ، وروى عن أحمد أنه لا يقبل الخط فى الوصية ، ولا يشهد على الوصية المختومة ، حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه ، فيقر بما فيها » [2] .

وترى من هذا أن إحدى الروايتين عن أحمد صريحة فى موافقة القانون ، والثانية كرأى مالك وأبى حنيفة توافق القانون ، ولكن تشترط أن يعلن أن الخط خطه ، ويقرأ عليه ، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة موافقة للقانون فى الجملة ، وإحدى الروايتين عن أحمد أوضح فى الموافقة ، لأنها مطلقة كاطلاق القانون . ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية . أن هذا الجزء من القانون مأخوذ من مذهب أحمد بن حنبل . فقد قالت : « لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفى أن يكتبها له غيره ، فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ، فيوقع عليهما ، أخذا من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، فعنده الإيجاب يكون بالقول،

(١) المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ج ١٥ ص ١٣ .
(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٨١ .

أو بالفعل الذى يدل على الرضا . والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب » .

وترى من هذا أنها تذكر أنها أخذت من مذهب أحمد ، ولكن الأحكام التى ذكرتها ، وجد مثلها فى مذهب أبى حنيفة ومالك بالقدر الذى قالته ، وكان الأولى عند تخصيصها مذهب أحمد بالذكر ، أن تبين أنه اعتبر الخط دليلا على الإنشاء من غير حاجة إلى الاشهاد على أنه خطه ، كما جاء فى إحدى الروايات عن أحمد كما ذكرنا ، وهى أحد الأقوال فيه .

١٠ م — والقانون يعتبر الوصية تصرفاً ينشأ بارادة منفردة ، إذ أنه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين فى تركته بعد وفاته تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون .

ولكن الملكية بمقتضى الوصية لا تثبت للموصى له إلا بقبوله للوصية (١)

---

(١) قد بينت المواد المتممة للعشرين ، والحادية والعشرون ، والثانية والعشرون ، والثالثة والعشرون ، والرابعة والعشرون ، والخامسة والعشرون أحكام القبول وهذا نصها :

مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصراً ، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبى (المحكمة الحسبية) ، ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ، ممن يمثلها قانوناً ، فان لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك

مادة ٢٢ — لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفذ الوصية الموصى له باعلان رسمى يشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ، ورد البعض الآخر ، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون ، لزمت بالنسبة لمن قبلوا ، وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى ، فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت ، والقبول ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده =

صراحة أو دلالة ، بعد وفاة الموصى . ولا عبرة لقبوله أو رده قبل وفاته ، لأن الوصية تصرف لاتظهر آثاره إلا بعد الوفاة ، فلا عبرة بالقبول أو الرد إلا وقت التنفيذ ، ولأن القبول إنما هو لثبوت الملكية ، لا لإنشاء التصرف ، فكان لا عبرة به إلا عند تنفيذ أحكامه .

وقد فصل القانون أحكام القبول والرد، فذكر أن القبول من كامل الأهلية الرشيد يكون منه بالصراحة أو الدلالة ، وكذلك الرد، وأن قبول قاصرى الأهلية وفاقديها والمحجور عليهم يكون ممن لهم الولاية على مالهم ، ولأولئك حق القبول والرد مطلقاً فى القانون بعد استئذان المحكمة الحسبية، ولو أن القبول نفع محض ، والرد ضرر محض.

ويكون القبول إذا كان الموصى له جهة أو مؤسسة أو منشأة ، ممن يمثلها قانونا فان لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية من غير حاجة إلى قبول .

١١م — وإذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد قام ورثته مقامه فيهما .

وإن من له القبول له أن يقبل الوصية كلها ، أو بعضها . فان قبلها كلها لزمت وإن رد بعضها بطلت فيما ردها فيه، فهى تقبل التجزئة ، لأن من يملك رد الكل يملك رد البعض من غير نزاع، وهو أدرى بمصلحته، ولا ضرر على غيره فى تجزئة القبول والرد .

وإذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد بعضهم ، لزمت فى نصيب من قبل ، وبطلت فى نصيب من رد .

١٢ م — والقبول لايشترط أن يكون فور الوفاة ، فليس له وقت معلوم بل يستمر ذلك الحق للموصى له مالم يثبت رده صراحة أو دلالة ، فحق القبول أو الرد ثابت على التراخى لا على الفور .

وإذا استطال الوارث ، أو من له تنفيذ الوصية الزمن أو خشى استطالته ،

= مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الموت إلى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

فقد أعطاه القانون حقاً لدفع الضرر ، أو لمنع الاستطالة من غير مبرر ، فسوغ له أن يبلغ الموصى له بإعلان رسمى فيه بيان كاف للوصية ، ويطلب منه القبول أو الرد ، فإذا مضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة ، لايدخل فيها يوم الإعلان ولا مواعيد المسافة ، ولم يجب قابلا أو راداً ، ولم يكن له عذر مقبول فى عدم الإجابة ، تعتبر الوصية قد بطلت ، لأن هذا يكون دليلا على الرد ، وإن لم يكن رداً صريحاً ، ولأن الانتظار بعد ذلك عبث ، وهو ضرر من غير جدوى .

١٣ م — وإذا كان الموصى له غير موجود وقت الوفاة ، ثم وجد[1] ، ولم يوجد من قبل عنه عند الوفاة ، فالمفهوم أنه عند وجوده ، ووجود من يقبل عنه ، يكون له القبول والرد ، لأن القانون ذكر أن القبول لا بد منه صراحة أو دلالة للزوم الوصية ، اللهم إلا إذا اعتبر ذلك النوع من الوصية ، وصية على جهة ليس لها من يمثلها ، فإن الوصية لا تحتاج إلى قبول للزومها ، بل تلزم من غير حاجة إليه ، فإن لم يمكن هذا الاعتبار فلا بد من القبول .

١٤ م — والملكية لا تثبت من وقت القبول ، بل تثبت من وقت الوفاة إن لم يكن قد حد لها وقت معين عند إنشاء الوصية ، وذلك لأن سبب الملكية ليس هو القبول ، بل يرجع إلى الوصية نفسها ، فقد ثبتت بها الملكية بسبب الخلافة الاختيارية ، والقبول شرط لزوم ، أو شرط لدخول المال فى ذمة الموصى له ، وذلك لكيلا يدخل شىء فى ملك الإنسان جبراً عنه ، ولأن من الناس من لا يتحمل منة التبرع له ، فجعل له حق الرد فى الوصايا ، فإذا وجد القبول ثبتت الملكية مستندة إلى وقت السبب ، وهو الخلافة الاختيارية التى أنشأها الموصى بإرادته .

---

(١) قد سوغ ذلك القانون فى المواد ٢٦ وما يليها كما سنبين . هذا ويلاحظ أن تقريرنا أن القبول يثبت الملكية من الوفاة يلاحظ معه ما شرطه للملكية قانون الشهر العقارى الذى يسرى من أول يناير سنة ١٩٤٧ من أنه يشترط فى نقل ملكية العقار التسجيل فى الوصايا وغيرها . وإذا تم التسجيل يثبت الملك من وقت الوفاة . أما الوصية بالمنقول ، فلا يحتاج ثبوت الملك ولاحق التصرف فيها إلا إلى القبول بعد الوفاة (راجع المادة - ٩ - من قانون الشهر العقارى) .

وإذا ثبتت الملكية من وقت الوفاة ، فإن زوائد المال وهى نماؤه ، أو غلاته تكون ملكا للموصى له من وقت الوفاة أيضاً ، وإذا كانت الغلات والنماء له ، فعليه نفقة الموصى به من وقت الوفاة ، على أنها نماء ملكه ، لا على وجه الوصية سواء أكانت نفقات الحفظ أم نفقات الإصلاح والإبقاء ، لأن هذه تكليفات الملكية ، ومن له الملكية عليه تكليفها .

١٥ — وقد ذكر القانون حكما ، ما كانت ثمة حاجة إلى ذكره ، وهو حكم الرد بعد القبول ، فقرر أن الرد فى هذه الحال فسخ للوصية ، وذلك لا يتم إلا بقبول الورثة أو بعضهم ، لأنه بالقبول ثبتت ملكية الموصى له للأموال الموصى بها ، وإذا ثبتت لا تنتقل إلى غيره إلا بقبول منه ، فلا بد لفسخ الوصية من قبول الورثة .

ووجه عدم الحاجة إلى ذكر ذلك فى هذا القانون أن ترك ذلك فى المبادىء العامة للقانون المدنى أو الشرعى أولى ، إذ أن هذا تبرع من الموصى له للورثة . فيدخل تحت أحكام التبرع العامة ، فكان ينبغى تركه لها ، ولأن قانون الوصية اعتبر ذلك فسخاً للوصية ، وفسخ الوصية يكون بين الطرفين اللذين أنشآ العقد ، ومنشىء الوصية ، هو المتوفى ، وقد مات ، فكان اعتبار ذلك من أنواع الفسخ محل نظر ، لأنه لا يتفق مع المنطق الفقهى للعقود ، ولأنه إذا قبل ثم رد صارت المعاملة بينه وبين الورثة بأشخاصهم لا باعتبار تمثيلهم للمتوفى ، فكان الاكتفاء بواحد وتسمية ذلك فسخاً بعيداً غريباً !؟ فإذا كانت عليه ديون ، وقد أفلس بعد القبول لا تتعلق ديونهم بذلك الجزء من المال بعد الفسخ ، لأن الفسخ نقض للتصرف من أصله ، وإذا نقض التصرف من أصله ، زالت الملكية مستندة فى زوالها إلى وقت الوفاة ، وإذا خرج الفسخ ذلك التخريج ، وهو الظاهر ، ففى ذلك مضارة بالدائنين بلا ريب ، وخصوصاً أنه ليس للرد بعد القبول أمد محدود ، بل يجوز أن يكون القبول ، ثم الرد ، وبينهما بضع سنين أو أكثر من ذلك ، وإن اعتبرنا الرد فسخاً بالنسبة للموصى له ووارثه فقط ، ويكون فى حكم إنشاء تبرع جديد ، بالنسبة لغيرهما ، فلا ضرر ، ولكن ذلك غير

ظاهر ، ولا يوجد ما يدل عليه . بل يدل القانون على ضده ، ولا يصح فهم القانون بما يدل على ضده .

لهذا كان خيراً لو استبعد ذلك الجزء ، وترك المبادىء العامة للقانون ، وسنبين مصدره الفقهي[1] عند بيان المصادر الفقهية الأحكام الخاصة بالقبول كلها .

١٦ — قد بينا ركن الوصية ، وطريق انتقال الملكية فيها ، كما جاءت في القانون ، ولم نبين المصادر الفقهية لها ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها فيه خلاف يسير وبعضها فيه خلاف كبير ، تعارضت فيه نظريات فقهية للمذاهب المختلفة ، واختار القانون أحد الوجوه فيها ، وبعضها مستنبط لواضعي القانون من قواعد الفقه العامة ، وإن لم تذكر في مذهب معين .

فقد اتفق الفقهاء (١) على أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة ، ولا عبرة به في حياة الموصي ، (٢) واتفقوا على أن الوصية تنشأ بإيجاب من الموصي ، ولكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته ، (٣) واتفقوا على أن القبول ، أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصي ، بل يثبت على التراخي ، وأنه يقبل عن المجنون ، والمعتوه ، والصبي غير المميز من له الولاية عليه .

هذه مواضع الاتفاق بين الفقهاء ولم يخرج عنها القانون ، أما مواضع الخلاف بينهم فكثيرة ، وهي ما عدا المتفق عليه ، ولنبتدىء بذكرها ، مبينين أوجه النظر المختلفة في إيجاز من غير إطناب .

١٧ — وأول مسألة خلافية ، هي في أصل اشتراط القبول للزوم الوصية . فإن زفر[2] خالف في ذلك ، وقال الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول ، ومقتضى كلام الناقلين عنه أنها لا ترتد بالرد عنده .

---

(١) المصدر الفقهي لهذه الفقرة هو مذهب أبي حنيفة ، ورأي في مذهب الشافعي ، وسنبين ذلك ، ثم مع هذا لا نرى أن من المصلحة وجودها في هذا القانون في مثل أحوالنا ، وعصرنا الذي تعقدت فيه المعاملات بين الناس .

(٢) وذلك في إحدى الروايتين عنه ، وفي الرواية الأخرى رأيه كرأي الجمهور (راجع البدائع ، والزيلعي ، والمبسوط) .

وحجته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة ، كما يثبت ملك الوارث ، لأن الانتقال فى كليهما كان مقترناً بالموت ، ولا يثبت إلا به ، فكان الوضع الفقهى لنوع الملكية واحداً وهو الخلافة ، بيد أن الميراث باستخلاف الشارع ، والوصية باستخلاف الموصى ، وإذا كان الميراث لا يلزم فيه القبول فكذلك الوصية .

وحجة جمهور الفقهاء أنه لا شىء يدخل فى ملك الإنسان جبراً عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع ، ولأن الموصى يجب أن يعطى حق الرد دفعاً لاحتمال الضرر ؛ لأن ضرر المنة ثابت ؛ ومن الناس من لا يقبله ، فحق له أن يرد دفعاً لذلك الضرر عن نفسه ؛ ولأن الموصى به قد يكون ملزماً بمؤن أكثر مما فيه من نفع ، ومثلوا لذلك بمن أوصى لشخص بعبيد كلهم عميان ، لا يحسنون عملا ، فإننا لو قلنا إن الملكية تثبت بمجرد الوفاة من غير حاجة إلى قبول ، أو أنها لا ترتد بالرد ، يكون الغرم على الموصى له أكثر من الغنم ، وفى ذلك من الضرر به مافيه .

ولا يصح أن تقاس الوصية على الميراث لمجرد ثبوت الاستخلاف فى كليهما ؛ لأن الاستخلاف فى الميراث من الشارع ، وله ولاية الإلزام ، فصح أن تكون الملكية فى الميراث بالإجبار ، وأما الاستخلاف فى الوصية فمن الموصى ، وهو لا يملك إلزام الموصى له ، فكان لابد من قبوله ، أو على الأقل يكون له الحق فى الرد دفعاً لضرر المن ، ولما عساه يكون من مؤن تلزم ، وقد تربو على الفائدة .

وليتحقق الامتلاك الاختيارى بلا شك فى هذه المسألة أخذ القانون برأى جمهور الفقهاء .

١٨ — وثانى مسألة جرى فيها الخلاف ، ولكنه خلاف هين كسابقه ، أن زفر يرى أن الوصية إذا ردت فى حال حياة الموصى بطلت ، وذلك لأن الرد أبطل الصيغة المنشئة ، وجعلها غير مفيدة لمؤداها ، فإذا حصلت الوفاة بعد ذلك ، فقد حصلت ، والصيغة لا وجود لها ، فلا ملكية تثبت بمقتضاها ، ولا يحييها قبول جديد للموصى له .

وجمهور الفقهاء أنه لا عبرة بالقبول أو الرد فى الحياة ؛ لأن حكم الوصية أى

أثرها الشرعي المترتب عليها لا يثبت إلا بعد الوفاة ، فلا اعتبار للقبول أو الرد إلا من وقت حصوله ، كمن يقول لامرأته أنت طالق غداً إن قبلت إعطائي مائة دينار ، فإن قبولها أو ردها لا قيمة لها إلا إذا جاء وقت التنفيذ ، وهو الغد ، فإن ردت أو قبلت قبل ذلك ، فلا اعتبار لكلامها[1] .

والقانون قد أخذ بلا ريب برأى الجمهور ، وعندى أنه لو أخذ القانون برأى زفر ، لكان فى ذلك اعتبار لأقوال الناس ، واحترام لها ، وفيه مصلحة للموصى ، أما وجه الاحترام للأقوال فلأنه يجب أن تصان عبارات الناس عن اللغو والعبث ، وإذا رد الوصية ، ولم نأخذ برده فى حال حياة الموصى فقد ألغينا إرادته فى وقت معين ، وأما وجه المصلحة ، فلأن الموصى قد يكون من مقاصده تبرع آخر معين لو رد الموصى له ، فإذا استبان له ذلك فى حياته باعتبار رده نهائيا — وجه ماله الذى تجوز فيه الوصية إلى ما يراه من أبواب الخير والصدقات .

١٩ — وثالث المسائل التى جرى فيها الخلاف مسألة حقيقة القبول المطلوب ، أهو القبول الإيجابى ، الذى يكون بالقول أو ما يقوم مقام القول من كل عمل إرادى يدل على الرضا بالوصية ، كالتصرف فى العين تصرف الملاك ، أم يكتفى بالقبول السلبى ، وهو عدم الرد الصريح ، أو مايقوم مقامه ، قال أبو حنيفة والصاحبان : إن القبول المطلوب هو عدم الرد ، وإنه بذلك يستقيم التفريع فى الفقه الحنفى ، وعلى ذلك إذا مات الموصى من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد انتقل الملك فى الوصية إلى ورثته ، واعتبر قابلا ، وانسحبت الملكية إلى وقت الوفاة ، وقال مالك والشافعى وأحمد[2] لا بد من القبول بالقول أو ما يقوم مقامه ولا يكتفى بعدم الرد ، وعلى ذلك إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٤ .

(٢) فى مذهب أحمد رأى آخر يقول إن الوصية تبطل إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد ، وقال المغنى أنه قياس المذهب ، لأنه خيار لا يعتاض عنه . كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة (راجع المغنى جـ ٦ ص ٤٣٩) وفى مذهب مالك مثل ذلك الرأى .

أو رد ، ينتقل ذلك الحق إلى ورثته ، وقد كان الخلاف فى هذا الفرع الجزئى تحت سلطان ذلك النظر الكلى .

ولكن الحنفية مع تقريرهم أن الموصى إذا مات قبل أن يعرف له قبول أو رد ، تتقرر الوصية ، وتنتقل الملكية إلى ورثته باعتبارها قد انتقلت إليه فى حال حياته — قد قالوا إن ذلك هو الاستحسان ، والقياس كان يوجب ألا تنتقل وتبطل ، أو ينتقل الحق فى القبول أو الرد إلى الورثة ، إذ أنها إذا بطلت كان ذلك منطبقاً على القواعد الفقهية ؛ لأن الوصية قد فقدت شرط لزومها عمن له ذلك الحق فتبطل ، وإذا قلنا إن ذلك ينتقل إلى الورثة يكون موافقاً أيضاً للقواعد الفقهية . وذلك لأن الورثة خلفاء المتوفى فى كل ماله من حق ، وقد كان الموصى الفقهاء من الحنفية قرروا أن الملك يتقرر ويثبت ، فخالفوا بذلك القياسين ، وكان استحساناً ؛ ووجهه أن الشرط فى انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول ، بل عدم الرد ، وقد تم ذلك بموته من غير أن يعرف له رد ، وإنما كان الشرط عدم الرد فقط ، لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة المنة ، وما عساه يكون من مضار المؤن فى العين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فيكتفى به ، وقد تحقق بموته من غير أن يرد ، ولأن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذا مات دخل فى ملكه ، كما فى البيع المشروط فيه الخيار المشترى أو البائع ، ثم مات من له الخيار ، قبل الأجازة [1] .

هذه حجة الحنفية ، وحجة الحنابلة والشافعية والمالكية أن الوصية بعد الموت تصير لازمة بالنسبة للموصى ، فلم تبطل بموته ، بل تقررت من جانبه به ، وإذا كان الموت لم يبطلها من جانب ، فلا يبطلها من الجانب الآخر [2] .

وقد اختار القانون رأى الأئمة الثلاثة ، كما علمت من الموجز الذى ذكرناه ، فقد جعل حق القبول والرد ينتقل إلى الورثة .

---

(١) البدائع ص ٣٣٢ ج ٧ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٧٤ .

(٢) المغنى ص ٤٣٩ ج ٦ .

٢٠ — وبذلك المسلك الذى سلكه القانون يكون قد أعطى الموصى له وورثته حق الرد والقبول متراخيا غير محدود بالوقت إلا إذا كان مايدل على الرد أو القبول صراحة ، وقد يحدث من ذلك ضرر بالموصى به ، وضرر بالورثة ، فلا يعرفون أهم ملاك للعين فيرعوها ، أم مالكها غيرهم فيتركوها له ، وقد يريدون القسمة ويحول بينهم وبينها استمرار الوصية معلقة بين القبول والرد .

ولهذا سد القانون ذلك النقص ، وجعل لهم الحق فى طلب القبول أو الرد فى مدة معلومة ، حدها القانون بثلاثين يوما كاملة ، إن لم يقبل فيها اعتبر رادا ، إلا إذا كان له عذر مقبول .

وقد ذكرت المذكرة أنها اعتمدت فى هذه الفقرة على مذهب الشافعى وأحمد ، والأصل فى ذلك أنه نص فى مذهب هذين الإمامين على أن الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد كان لورثة الموصى أن يطالبوه بالقبول أو الرد ، فإن امتنع من القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه ، وبين الورثة ، فوجب حسم الموضوع ليتبين لكل ذى حق حقه ، ومثله فى ذلك كمثل من حجر أرضاً لإحيائها ، لكنه إمتنع عن إحيائها ، وكالذى يقف فى مشرعة فلا يأخذ الماء ، ولا يصرفه ، فكلاهما معطل بتوقفه ، فكان لابد فى الأول من إحياء الأرض الموات التى حجرها ، أو يتركها لغيره ينتفع بها ، وفى الثانى إما أن يأخذ ثم ينصرف ، وإما أن يصرفه ، ولايعطل الناس عن أخذ الماء ، كذلك الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد الوصية هو معطل للموصى به ، فلا يعلم أهو له بقبوله أم هو لورثة الموصى به برده »[1] .

وإذا كان لورثة الموصى حق فى أن يطلبوا القبول أو الرد من الموصى له ، وأنه إذا لم يجب اعتبر راداً ، فقد حد القانون أمداً معقولا يكون مدة كافية للتروى ، وتدبر الأمر ، وهى ثلاثون يوماً كاملة ، بحيث إذا لم يجب فى أثنائها اعتبر راداً ، وذلك حد حسن مقبول .

(١) التزم التبرعات للاستاذ المرحوم أحمد ابراهيم بك .

٢١ — ومن المسائل التى تحتاج إلى نظر وتأمل بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة والعشرون ، فإنها تنص على أنه إذ رد الموصى له بعض الوصية ، وقبل بعضها أو إذا قبل بعض الموصى لهم ، ورد بعضهم ، لزمت فى القدر المقبول وبطلت فى غير المقبول ، وقالت المذكرة التفسيرية فى بيان هذا الجزء من المادة المذكورة « مطابقة للقبول الإيجاب ليست شرطاً فى لزوم الوصية ، فقبول الموصى له بعض الوصية ، ورد البعض ، وقبول بعض الموصى لهم فى عقد واحد ، ورد الباقين ، معتبر وتلزم الوصية ، فيما قبل ، وتبطل فيما رد ، وهو مذهب الحنفية » .

وهذا الكلام يدل على أن أصل هذه المادة مذهب أبى حنيفة ، وذلك كلام مقبول ، ولكن كون مطابقة الإيجاب للقبول ليست بشرط فى مذهب الحنفية ، وبناء تلك الأحكام المذكورة على ذلك موضع نظر فى بعض أجزائه .

وإن المذهب الحنفى يقرر بلاريب أن قبول بعض الموصى لهم ، ورد بعضهم لايبطل الوصية ، ولقد قال فى ذلك السرخسى فى مبسوطه « لو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله ، فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل ، لأنه فى حق الراد منهما بطلت الوصية برده ، ولو بطلت بسبب آخر بأن كان وارثاً جاز فى حصة الآخر ، فكذلك إذا بطلت برده ، وهــذا لأن الشيوع لايمنع صحة الوصية بخلاف الهبة ، فإن القسمة مشروطة فيها لتمام القبض ، والقبض ليس بشرط لوقوع الملك فى الوصية » .

فهذا الكلام يفيد بلاشك أنه يجوز نفاذ بعض الوصية وبطلان بعضها ، ولو كانت فى عقد واحد .

ولكن المذكرة تقول إن الموافقة بين الإيجاب والقبول ليست بشرط ، ولقد وجدنا فى البدائع التصريح بأن المطابقة شرط ، فهو يقول :

« أما الذى يرجع إلى نفس الركن ، فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول ، لأنه إذا خالفه لم يرتبطا ، فبقى الإيجاب بلا قبول ، فلا يتم الركن ، وبيان ذلك : إذا قال لرجلين : أوصيت بهذه الجارية

لـكما ، فقبل أحدهما بعد موت الوصى ، ورد الآخر لم يصح ؛ لأنه أوصى لهما جميعاً ، فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية ، وكانت الجارية بينهما لو قبلا ، فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط ، وهو قبولها جميعاً ، فبطلت الوصية ، ولو أوصى بها لإنسان ، ثم أوصى بها لآخر ، فقبل أحدهما بعد موت الموصى ، ورد الآخر ، فالنصف للموصى له ، والنصف لورثة الموصى »[1] .

وهذا الكلام يستفاد منه أمران : (أحدهما) أن موافقة القبول للايجاب أمر لابد منه ، وهو بهذا يخالف ولو فى ظاهر القول المذكرة الإيضاحية ، (وثانيهما) أن الوصية لشخصين فى عقد واحد تقتضى قبولها معاً أوردهما معا ، وبهذا يختلف البدائع عن المبسوط .

ولكن يلاحظ أن موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى غير موضوعها الذى ذكره البدائع ، فإن الموصى به الذى ذكره البدائع لا يقبل القسمة ، فكان اشتراط قبولها معاً يحتمل برجحان أن يكون ملاحظاً ، وبذلك علل البدائع ، وعليه يستقيم قوله . أما موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى ، فهو ثلث المال كله . وهو على ظاهر القول قابل للقسمة ، وعلى ذلك يكون اشتراط الاجتماع غير ملاحظ ، ولا يوجد ما يدل على قصده .

وننتهى من هذا إلى أن موافقة الإيجاب والقبول ضرورية إذا كان الموصى قد قرن الوصية بشرطه ، أو كان كلامه يفيد التقييد بشرطه ، أو كان موضوع الوصية يجعل اشتراط شرط معين (وهو الاجتماع مثلا دون التجزئة) مفهوماً ، ولو بطريق الظن الراجح .

ومن هذا التحليل ننتهى إلى أن التطابق بين الإيجاب والقبول بمعنى أن يكون المقبول من الوصية مساويا للمقدار الموصى به غير مطلوب ، إلا إذا اشترط الموصى عدم التجزئة ، فإن شرطه محترم ومن المقرر فى باب الوصايا فى الفقه الحنفى أن الشروط فيها محترمة ، بذلك جاء القانون أيضاً مع تقييدها فى دائرة المقاصد الشرعية .

---

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ .

٢٢ — ومن المسائل التى اختلفت فيها الفقهاء رد الموصى له بعد قبوله ، فإن الحنفية أجازوه وقالوا إن الموصى إن رد بعد قبوله ، فإن قبل الورثة جميعاً فسخت الوصية ، وإن قبل أحدهم تفسخ أيضاً ؛ لأنه قائم مقام الموصى ، وكل وارث يصح أن يقوم مقامه .

وأساس ذلك المذهب أن الرد عليهم فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الموصى ، وكان يمكن أن يرد عليه لو كان حياً إذا قبله ، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه ، وهذا لأن فسخ العقد ، يلاحظ فيه أصل انعقاده ، فان كان ينعقد بالايجاب والقبول ، فكذلك يجيب فسخه بالتراضي ، وقد قال السرخسى فى المبسوط : «وإذا رد على بعض الورثة دون بعض ، ففى القياس هذا باطل ، لأن هذا تمليك منه لمن ردها عليه ، ولكنا نستحسن ، فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم ، وكان بينهم على فرائض الله تعالى ، لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد ، ويجوز بينه وبين الموصى أيضاً ، وأحد الورثة يقوم مقام الورثة فى حقوقهم بجماعتهم ، فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم ، أو هذا فسخ لقبوله ، وهو ينفرد بفسخ القبول فى حق نفسه ، وإنما كان لا يثبت فى حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعاً للضرر عنهم ، وعن مورثهم ، فاذا رضوا بذلك ، أو رضى به أحدهم ، وهو قائم مقامهم فى فسخ القبول منهم ، وصار كأنه رد قبل أن يقبل ، فيكون ميراثاً للورثة »[1] .

هذا مذهب الحنفية ، وهو يتفق مع القانون ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت الفقرة الخاصة بذلك من هذا المذهب .

ولكى يتبين الأمر على وجهه ، وليتبين مقدار التوفيق لمن وضعوا أسس ذلك القانون ننقل لك بعض الأقوال فى هذا المقام .

لقد ذكر المغنى أن الرد بعد القبول له حالان : إحداهما ، أن يرد بعد القبول والقبض ، فلا يصح الرد ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده بسائر ملكه ،

---

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٤٩ .

إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة ، أى أنها تأخذ أحكام التبرعات المنشأة التى لاترتبط بكون سبب الملك الوصية أو غيرها .

(ثانيهما) أن يرد بعد القبول ، وقبل القبض ؛ فينظر ، فان كان الموصى به مكيلا أو موزوناً صح الرد ، لأنه لايستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه ، فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه .

« ولأصحاب الشافعى فى الحال الأخيرة وهى حال الرد قبل القبض وجهان .

(أحدهما) يصح الرد فى الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما ، وهذا هو المروى عن الشافعى ، لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، لأن القبض يقرر الملكية ويثبتها ، فكان الرد قبله ، كالرد قبل القبول ، إذ ملك الموصى له لم يستقر عليه قبل القبض ، فصح رده، كما كان قبل القبول» « والوجه الثانى لايصح الرد ، لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض [1] » .

هذا ماذكره المغنى ، ويستفاد منه أن مذهب أحمد والشافعى أن الرد بعد القبض لايجوز ، ولا يسوغ ، لأن الملك قد ثبت بالقبول ، واستقر بالقبض ، فالرد بعد ذلك تبرع خالص تجرى عليه كل أحكام التبرع المبتدأ من غير استناد إلى سبب آخر غيره .

وأما الرد قبل القبض ، ففيه أقوال ثلاثة فى هذين المذهبين (أحدها) التفريق بين المثلى والقيمى، فالمثلى يجوز رده ، لأنه يتعين تعييناً كاملا بالقبض ، فالقبض يقرر الملكية فيه ، فيجوز الرد قبله ، والقيمى معين بنفسه من غير حاجة إلى قبض أو إشارة تعينه ، فتثبت الملكية فيه مقررة ، فلا يحتاج إلى قبض ، فلا يسوغ رده (ثانى الأقوال) أنه يصح الرد من غير تفرقة بين مثلى وقيمى ، لأن القبض تستقر به الملكية ، وقبله لم تستقر .

---

(١) المغنى الجزء السادس ص ٤٣٧ .

(ثالثها) أنه لايصح الرد بلا تفرقة بين مثلي وقيمي لأن الملكية ثبتت فكل رد تبرع مبتدأ به .

٢٣ — هذه أقوال أربعة أولها قول الحنفية ، ثم هذه الأقوال الثلاثة التى ذكرناها ، ثم اتفاق أحمد والشافعى على أن الرد بعد القبض لايجوز ، ألا ترى أن الذين وضعوا المواد الأولى لهذا القانون لم يكونوا موفقين عندما اختاروا الأخذ بمذهب أبى حنيفة ، لأنه يتنافى مع المنطق الفقهى للمذهب الحنفى نفسه والقانون،إذ كلاهما يقرر أن الملكية تثبت بالقبول ، فلا تخرج إلا بتمليك مبتدأ ، ونظرية الفسخ مخالفة للقياس الفقهى ، وفوق هذا إن هذا قد يؤدى إلى أمور لاتتفق مع نظم التعامل اليوم ، فقد يوصى لشخص فيقبل الوصية بعد موت الموصى ، وبعد عشرات السنين يرد فراراً بما له من دائنيه .

ولقد كان الأولى أن يؤخذبمذهب الشافعى الأخير الذى لايسوغ الرد بعدالقبول أو على الأقل يؤخذ بمذهب أحمد والشافعى فى عدم تسويغهما الرد بعد القبض ، وكلا الرأيين عدل مستقيم ، وإن كان الأولى هو الأخذ بالأول دون الثانى .

٢٤ — بينا فيما سبق مصادر القانون فيما يتعلق بأصل اشتراط القبول ، ووقت القبول والرد ، وحكم الرد قبل القبول وبعده ، ورد البعض وقبول البعض ، وبقى أمران لم تبين مصادرهما : أولها — من يعتبر قبوله ، وثانيهما وقت ثبوت الملكية بالقبول ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء سنبينه .

أما الأمر الأول ، فقد اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين بشخصه إذا كان ذا ولاية كاملة غير محجور عليه يقبل عن نفسه ، إذ ليس لأحد عليه سلطان ، كما اتفقوا أيضاً على أن الموصى له المعين بشخصه ، يقبل عنه وليه المالى إذا كان فاقد الأهلية ، لأنه ملغى العبارة . هذان أمران هما موضع اتفاق بين الفقهاء .

وإنما جرى الخلاف فى القبول عن الجنين والسفيه وناقص الأهلية ، وفى القبول عن غير المحصورين ، وفى القبول عن الجهات .

٢٥ — أما الجنين ، فالمذهب الحنفى أن الوصية له لاتحتاج إلى قبول ،

بل تدخل ملكه استحسانا ، لأن الجنين ليس له ولى يقبل عنه [1] .

لكن بعض الشافعية والحنابلة قرروا أن الوصية له تحتاج إلى القبول ، ويكون الذى يتولاه هو الولى عليه بعد الولادة ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن الولادة ستقرر وجوده وصحة الوصية له ، وفى هذا الوقت سيكون له ولى يتولى عنه لامحالة ، فإذا جعل لهذا الولى الحق فى القبول والرد على مايكون فى نظره الحظ له ، فقد صارت له الولاية فى وقتها ، وقبل ذلك لايتأكد استحقاقه ، إذا عساه يولد ميتاً .

ولقد أخذ القانون بذلك الرأى ، ونصوصه لاتفيد تأجيل القبول إلى ما بعد الولادة ، بل تجعل له القبول والرد من ذلك الوقت ، لأن القوانين القائمة تفرض له وصياً ، أو ولياً يحافظ على حقوقه .

والواقع أن فرض ولى مالى للجنين لايفترق عن الفقه كبيراً ، لأن الفقه يفرض أن للجنين أميناً يحافظ على ماله ، حتى يولد حياً فيسلم ماله للولى أو الوصى والغالب على الظن أن يكون نفس الولى هو الأمين ، والفرق الجوهرى بين الفقه والقوانين القائمة ، أن القوانين القائمة تجعل له تصرفات الأوصياء ، والفقه لايجعل له إلا المحافظة ، والتصرفات التى تكون سبيلا لهذه المحافظة .

٢٦ — والوصية على غير المحصورين إذا لم يكن فيها ماينبىء عن الحاجة تكون باطلة فى المذهب الحنفى بخلاف القانون ، كالوصية على أهل القاهرة أوالوصية على قبيلة لايحصى عددها ، والسبب فى ذلك أن الوصية تمليك ، ولابد لصحة التمليك من تعيين المملك ، وغير المحصورين غير معينين فيعد الموصى له غير معلوم ، فلا يصح تمليكهم ، ولا يمكن تخريجها على وجه غير ذلك النوع من التمليك مادامت العبارة ليس فيها ما يشعر بالحاجة .

---

(١) الزيلعى ص ١٧٥ ص ٦ ، وهذا مشهور فى المذهب الحنفى ، فقد قال الخير الرملى « والنقل فى عدم ولاية الوصى على الجنين متظاهر جداً » ولقد قال ابن عابدين تابعاً لشيخه إنه يصح للأب أن يقيم وصياً على الحمل ، ولكن لا تثبت ولايته عليه إلا بعد ولادته

وإن كان فى العبارة المنشئة للوصية مايشعر بالحاجة كفقراء القاهرة ، أو يتاماها ، أو من لامأوى لهم ، فإن الوصية تنعقد ، وبالموت تلزم ، وذلك لأنها صدقة انصرفت العبارة اليها بما احتوى اللفظ من الإشارة المنبئة عن الحاجة، والتصدق تمليك لله سبحانه وتعالى ، فالمملك معلوم ، لأنه الواحد الأحد ذو الجلال والإكرام ، فصحت الوصية .

ولكنها تلزم من غير حاجة إلى قبول أحد ، ولزومها يكون بعد الوفاة ، إذ تكون كالوقف ، والوقف ينشأ ويلزم من غير حاجة إلى القبول ، ولأن الشرط فى الملكية بالوصية عندهم ليس هو القبول ، بل الشرط عدم الرد ، وليس لواحد بعينه أن يتولى الرد بالنيابة عن اليتامى أو الفقراء ، أو المساكين [1] .

وقد قرر ذلك الرأى ، وهو لزوم الوصية لغير المحصورين من غير حاجة إلى قبول أكثر الحنابلة والمالكية ، فقد ذكر المغنى أن الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ، ومن لايمكن حصرهم ، كبنى هاشم ، وتميم ، أو على مصلحة كمسجد ، أو حج لم تفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم ، فيكتفى بقبوله ، ولأن الملك لايثبت لهم بالقبول ، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله [2] .

والشافعية يشترطون لثبوت الملكية بالوصية إذا كانت لمن لايحصون ، وكانوا ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ، ويتكلم باسمها كطلبة العلم بالأزهر ، أو كانت على جهة لها من يمثلها كمسجد له ناظر ، فإن الوصية لابد لتمامها والإلزام بها من قبول تلك الجهة .

وهذا الرأى يوافق رأى الشيعة الأمامية الإثنا عشرية ، بل إن رأى هؤلاء أوسع شمولا ، وأكثر إحاطة ، فانهم يشترطون للزوم الوصية ، إذا كانت لغير محصورين ، أو لجهات كمساجد ومدارس القبول من الناظر على الوقف إن

---

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٤٣ .   (٢) المغنى ج ٦ ص ٤٤١

كانت جهة وقف ، أو من الولى عليها أو الحاكم باعتباره المتكلم باسم الكافة[1] ، وإذا كان الأمر كذلك ، فليس ثمة جهة يصح أن نقول إنها ليس لها من يمثلها .

٢٧ — وقد اشترط القانون القبول بالنسبة للجهات التى لها من يمثلها ، ولم يشترط القبول بالنسبة للجهات التى ليس لها من يمثلها بل حكم بلزوم الوصية بمجرد وفاة الموصى .

والقانون فى هذا قد سار على الأصول القانونية العامة ؛ لأن المبادىء القانونية المقررة تفرض أن الجهات والمؤسسات شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، وتضمن ضماناً مالياً كل مايترتب على أعمالها من مضار بالناس ، وإذا كانت الأصول القانونية قد فرضت ذلك الفرض ، وهو أمر لا بد منه بسبب اتساع العمران ، والإكثار من الشركات الصناعية وغيرها ، فإن الوصية لهذه الجهات وصية لمعين ، يقبل التمليك ، وممثله هو الذى يقبل عنه ، وإذا كانت الجهة ليس لها من يتكلم عنها كفقراء مدينة ، أو يتاماها ، فإن الوصية تلزم من غير حاجة إلى قبول ، ويظهر أن الدعوى بها تكون حسبة يتولاها أى واحد من الناس ، باعتبارها تتصل بمصلحة الكافة ، ولأنها أمر دينى ليس له من يطالب بحقه ، فحق على الجميع أن يطالبوا ، وإذا قام بهذا الواجب البعض سقط الحرج عن الباقين .

وقبل أن نترك ذلك المقام نشير إلى أمرين :

(أحدهما) أن القانون شدد فى ضرورة القبول ، وعندى أن الأولى كان الإطلاق إذا كان الموصى لهم غير محصورين ، أو كان الموصى له جهة لها من يمثلها ، فإن ذلك قد يدفع الممثل لها فى بعض الأحوال إن كان من ذوى الغايات غير المحمودة ، وليسوا قليلا ، إلى الرد فى نظير مكافأة ينالها من الورثة ، ولأن فرض الضرر فى قبول الوصايا فرض بعيد فيندر ، بل لا يكاد يوجد مال موصى به من غير شروط توجب التزامات على الموصى له ، مغارمه أكثر من مغانمه ، إن ذلك شاذ ، والشاذ لا حكم له ، وإن فرض وجوده ، فالتخلص منه سهل .

(١) راجع كتاب كفاية الأحكام ، وكتاب شرائع الاسلام .

بل إن القانون نفسه اعترف بهذه الحقيقة الثابتة التى لا مجال للريب فيها ، وهى أن الوصايا نافعة نفعاً محضاً بالنسبة للموصى له ، ولذلك حكم بلزومها بالموت من غير حاجة إلى قبول إذا كانت الجهة ليس لها من يمثلها ، ولم يحكم ببطلان الوصية .

(ثانيهما) أن الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون قد اختلف فيه الفقهاء فقال محمد من لا يحصون هم من بلغوا مائة ، ومن دون ذلك عدداً يحصون ، وهذا ما عليه المحاكم الشرعية ، وقال أبو يوسف إذا كان الموصى لهم لا يحصون إلا بكتاب ، فهم لا يحصون ، وإن كانوا يحصون من غير كتاب ، فهم يحصون . ويرى الشافعية أن من لا يحصون هم من لا يمكن استيعابهم إلا بمشقة ، ومن كانوا يحصون بغير مشقة فهم يحصون ، وكثيرون من علماء المذاهب المختلفة على تفويض الأمر فى هذا إلى القضاء ، ولعل أسلم التقديرات من الإبهام هو رأى محمد الذى أخذت به المحاكم الشرعية .

٢٨ م — هذا ما يتعلق بالمصادر الفقهية التى اعتمد عليها القانون بالنسبة لاشتراط قبول الجهات والمؤسسات ، ولننتقل إلى قبول القاصرين والمحجور عليهم .

لقد ذكر القانون أن قبول هذين النوعين من الموصى لهم هو للمولى المالى عليهم ، سواء أكان ولياً شرعياً أقامه الشارع ، أم كان وصياً مختاراً وافقت عليه المحكمة الحسبية ، أم كان قيماً قد أقامته المحكمة الحسبية من أول الأمر ، وكلمة قاصر تشمل نوعين ، هما فاقد الأهلية ، وهو المجنون والمعتوه والصبى غير المميز ، وناقص الأهلية . وهو الصبى المميز ، والمعتوه المميز ، عند من يقسم المعتوه إلى قسمين .

وكلمة محجور عليه تشمل البالغ العاقل الذى حجر عليه لسفه أو غفلة ، لأن من حجر عليه لذلك لا يعد قاصراً ، إذ أن القصور وصف للعقل ، وعقل هذا كامل ، بدليل أنه لم يسقط عنه شىء من التكليف الدينى أو الاجتماعى قط ، وإنما النقص فى إدارته لأمواله ، وقدرته على المحافظة عليها ، فكان الحجر عليه لذلك .

وقد ذكرنا أن تولى القبول والرد عن فاقدى الأهلية أمر متفق عليه بين الفقهاء ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لها ، فلا عبرة بكلامهم قبولا أو رداً لأن كلامهم من لغو القول .

أما ناقصو الأهلية ، والمحجور عليهم لغفلة أو سفه ، فعبارتهم صحيحة عند الحنفية سليمة تنعقد بها العقود ، ولا يبطل إلا ما كان ضاراً منها ضرراً محضاً ، ويتوقف نفاذها على الأولياء فيما يكون متردداً بين الضرر والنفع ، فان أجازوها نفذت ، وإن لم يجيزوها بطلت . أما العقود النافعة نفعاً محضاً ، فانها تجوز منهم ؛ وتنفذ ، ومن ذلك قبول الهبات ، وقبول الوصايا ، وقبول الاستحقاق فى الوقف ، وعلى ذلك لم يكن المذهب الحنفى متفقاً مع القانون فى هذه المسألة ، لأن المذهب الحنفى يعتبر قبول هؤلاء ، لأنه نافع نفعاً محضاً ، ولا يعتبر ردهم ، لأنه ضار ضرراً محضاً .

ولكن القانون جعل للولى القبول والرد ، وسوى بين فاقد الأهلية وناقصها ، وقد يقول قائل إن القانون قد جعل ذلك الحق للولى أو الوصى ، ولكنه لم يسلب ما للصبي المميز ، والسفيه من حق القبول ، وذلك مقبول . ولكن روح القانون تمنع ذلك لأن قبول الولى أو رده بإذن من المجلس الحسبي (المحكمة الحسبية) فأولى أن يكون عمل القاصر والسفيه فى دائرة المنع ، إذ ولاية الولى المالى غير مطلقة فأولى أن يكون حق القاصر غير مطلق كالفقه ، بل أن يكون غير موجود .

ثم إذا تعارضت إرادة القاصر أو السفيه مع الوصى ، إن فوض إليه أمر الرد والقبول ، فانه بلا شك سيكون القول النافذ قول الوصى ، مع أن حق القاصر فى القبول مطلق فى الفقه الحنفى .

٢٩ — والقانون قد اعتمد فيما قرر على مذهب أحمد بن حنبل ، فإنه يقرر « أنه إذا كان فى الموصى لهم من ليس أهلا للتصرف قام وليه مقامه فى القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ،

فإذا كان الحظ فى قبولها ، فردها ، فلم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك »[1]

وقبل أن نترك الكلام فى هذا المقام نشير إلى ثلاثة أمور هى موضع نقد فى القانون :

(أحدها) أن القانون قد جعل حق الرد سائغا من الولى المالى ، وقد علمت أن القبول نفع محض ، وحال الضرر حال نادرة جداً ، ماكان يصح النظر إليها ، ولعل الذى خفف خطر ذلك الحق كونه كالقبول بإذن من المحكمة الحسبية .

(ثانيها) أنه جعل استئذان المحكمة الحسبية ضرورياً لكل من له ولاية مالية ولوكان أبا ، وذلك غير ملتئم مع القانون القائم ، لأن القانون القائم ، المنظم للمحاكم الحسبية أعفى الأب الأمين حسن الرأى والتدبير من كثير من أشراف المحكمة بل إدارته غير مقيدة تقييدا كاملا ، فكان غريباً أن يكون له حق الشراء والبيع فى كثير من الأحوال من غير استئذان ، ويمنع من قبول الوصية إلا بعد الاستئذان ، وهذه مفارقة قانونية غريبة ، بل هى منافرة بين قوانين الدولة ، لا يستساغ فى نظر قانونى مستقيم النظر ، اللهم إلا إذا قلنا إن الأب غير خاضع المادة المتممة للعشرين من قانون الوصية ، إذ أنها خاصة بالأولياء الخاضعين للمجالس الحسبية . وبذلك يتلاءم القانون فى هذه القضية . ولكن لا يسهل قبول هذا ، لشمول القانون لكل من له الولاية المالية .

(ثالثها) أن القانون قيد الوصى المالى بالقبول باستئذان المحكمة الحسبية ، وكنت أفهم أن يقيد الرد بذلك دون القبول ، لأن قانون المحاكم الحسبية يبيح قبول الهبات التى لا تكون مقيدة بشرط ، والهبات غير المقيدة بشرط ، كالوصايا غير المقيدة بشرط ، فاذا كان القانون قد أباح الوصى قبول هذه الهبات ، وجب أن يبيح له أيضاً قبول هذا النوع من الوصايا ، وإلا كان تفريقاً بين عملين متماثلين تمام التماثل من غير داع ، فإما أن يغير قانون المحاكم الحسبية ليلتئم مع قانون الوصية ، وإما أن تحذف هذه الفقرة من قانون الوصية .

٣٠ م — بعد ذلك ننتقل إلى الجزء الأخير من شرح هذه المواد المتعلقة بالقبول

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٤٠ .

وهو وقت الملكية ، فإنه من المقرر أنه حال احتياج الوصية إلى قبول لا تثبت إلا بالقبول ، وإن كان الموصى قد عين ميعاداً للملكية تبتدى به ، فانها تبتدىء من ذلك الميعاد ، فان شروط الموصى محترمة ، ما دامت لا تخالف مقصداً من مقاصد الشرع .

وإذا لم يكن الموصى قد ذكر وقت ابتدائها ، فان القانون قد ذكر أنها تبتدىء من وقت الوفاة مستندة إليه ، وإن كان طريق ثبوتها القبول ، وعلى ذلك تثبت ملكية الزوائد على طريق أنها نماء الملك أو غلاته ، لا على طريق الوصية ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت ذلك الحكم من مذهب أبى حنيفة ومذهب الشافعى ، فأخذت انتقال الملكية من وقت الوفاة من المذهبين ، وأخذت امتلاك الزوائد من مذهب الشافعى ، لأنه يقرر فى الأقوال الراجحة فيه أنها تملك على غير وجه الوصية ، ولذا لا تحسب فى الثلث .

٣١ — ومن الحق علينا أن نتكلم فى الموضوع من الوجهة الفقهية ، ونذكر اختلاف العلماء فيه ، ليتبين المصدر الفقهى للقانون تمام التبيين ، فيمكن الرجوع إليه فى تفريع فروعه ، وتفصيل مجمله ، وبيان ما عساه يستبهم تطبيقه فى بعض الجزئيات فى هذا المقام .

لقد قال بعض الحنابلة وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول ، وتوجد به ، ولا يستند وجودها إلى ما قبله ، وقال الحنفية والشافعى وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى الموت فى وجودها .

والملكية عند الحنابلة بين القبول والوفاة تكون للورثة ، ونماؤها لهم ، وحجتهم أن الامتلاك بمقتضى الوصية يفتقر إلى القبول ، فلا يمكن أن يكون سابقا للقبول ، كسائر العقود التى تحتاج إلى القبول ، ولأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، ولأننا لو فرضنا أن القبول شرط لثبوت الملكية بالايجاب ، فهو شرط لتحقيق السبب ، فلا يمكن أن تكون الملكية قبله ، لأن السبب لا يتحقق موجبه بدونه ، لهذا كله كان نماء العين ، وزيادتها على هذا

المذهب ملكا للورثة فى الفترة التى تكون بين القبول والموت ، لأنه نماء ملكهم ونتاجه أو غلته ، وإذا كان كذلك فهو ملكهم مثله .

أما مذهب الحنفية والشافعية ، فهو أن القبول تثبت به الملكية مستندة إلى الوفاة كما بينا ، وحجتهم فى ذلك أن الملك بالوصية مضاف إلى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، والقبول قد ورد على التصرف بهذا الوضع ، فالقابل قد قبل ملكا مضافا إلى وقت الموت ، إذ قد أثبت القبول ملكية متفقة مع الايجاب ، وهى الملكية المعقبة للموت فوراً ، كالعقد الموقوف على إجازة صاحب الشأن ، فان أجاز ، فإن الاجازة تكون تنفيذاً للعقد من وقت إنشائه ، وكالبيع المقترن بخيار الشرط ، فان أجاز من شرط له خيار الشرط ، فان الاجازة تعتبر مثبتة للملكية من وقت إنشاء العقد وهكذا ، ولذلك تكون زوائد المبيع الناشئة فى فترة الخيارة ملكا للمشترى بالخيار ، لأن ملكيته مستندة إلى وقت الإنشاء .

وعلى ذلك تكون زوائد العين ملكا للموصى له إذا حدثت بين الموت والقبول ، ولكن اختلف الحنفية والشافعية فى وجه ملكية الموصى له للزوائد ، أهى باعتبار أن الزوائد نماء ملكه وثمرته ، وليست بسبب الوصية ، أم تثبت على أنها تبع الموصى له ، فتكون من ضمن الوصية ، كالوصية بالأرض يتبعها البناء والغراس ، على أنه وصية ثبتت تبعاً ؟ اختلف فى ذلك الشافعية والحنفية ، فالحنفية قالوا إن الملك فى الزوائد يكون بالوصية على وجه التبع للعين ، كحلية السيف إذا دخلت فى الوصية تبعاً له ، وككل متصل بالعقار اتصال قرار يكون تبعاً له فى الوصية ، وقال الشافعية إن الزوائد تدخل فى ملك الموصى له على أنها نماء ملكه ، لا على أنها وصية .

وأساس هذا الخلاف هو الخلاف بينهما فى ملكية العين فى فترة التوقف التى هى بين الموت والقبول ، فقد قال الحنفية إنها تكون على حكم ملك الموصى ، كالميراث إذا تعلق به حق الدائنين ؛ وذلك لأن ذمة الميت تبقى بعد وفاته إلى أن تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، وذلك لحاجته إلى ذلك ، فإن من الوصايا ما يكون

تداركا لواجبات فاتته ، وقد تكون قربات من الواجب عليه أداؤها ، وأدناها أن تكون صلات ، قد جعلت لمن يود أن يصله ، وهذه كلها حاجات له ، وما بقيت له حاجة فى ماله ، فذمته باقية فى حكم المالكة حتى تسد تلك الحاجات ، فالعين الموصى بها على حكم ملكه ، فإذا نمت أو أثمرت فقد نمت على ملكه ، فإذا جاء القبول وثبتت الملكية للموصى له ، أو بعبارة أدق حلت محل ملكية الموصى الذى استمرت ذمته حكما لحفظ حق الموصى له ، فإنها تحل محلها فى مقادير الوصية مستندة إلى الموت الذى أضيفت الملكية إليه (١) .

هذا توجيه المذهب الحنفى ، أما المذهب الشافعى ، فيسير فى هذه المسألة غير ذلك السير ، إذ أنه يعتبر الملكية فى فترة التردد متوقفة ، حتى يتقرر مآل الوصية ، فإن قبلت وآلت الملكية إلى الموصى له استندت إلى وقت الوفاة ، وإن لم تقبل الوصية ، وآلت التركة كلها إلى الورثة ، فإن الملكية تثبت لهم مستندة أيضاً إلى الوفاة ، ولا يصح أن يقال إنه فى هذا الوقت كانت العين لا مالك لها ، بل لها مالك ، ولكنه غير معروف ، والقبول أو الرد هو الذى يعرفه ، فإن تم القبول كان الموصى له ، وإلا فالورثة . وقد انبنى على هذا الخلاف فى شأن الزوائد كما رأيت ، فقرر الحنفية أنها تملك للموصى له على أنها من توابع العين الموصى بها ، وقرر الشافعية أنها تملك على أنها ثمرات الملكية ، لا على أنها من الوصية ؛ إذ لا تثبت بالتبع للموصى به . إنما تثبت باعتبارها نماء ملكه الخاص .

---

(١) قد قالوا إن الملكية تكون على حكم ملك الموصى إلى القبول بيقين ، أما بعد القبول والقسمة . فالملكية تكون قطعا للموصى له مستندة ، وقبل القسمة أتكون التركة على حكم ملك الميت ، ولذلك تكون الزوائد أيضا من الوصية ، أم تكون الملكية بالقبول وهى مستندة فتكون الزوائد نماء الملك الخاص ، وعامة المشايخ على الأول ؛ لأن القبول لا تتأكد به الملكية الا بالقسمة ، كما جاء فى البدائع « والأولى إن يقال أن القبول وحده ليس كافيا لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى إلى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ، ويكون ذلك مستنداً إلى وقت الوفاة » .

ويترتب على اعتبارها فى ضمن الوصية عند الحنفية اعتبارها مع العين الموصى بها أصلا من الثلث ، فإن كان بمجموعها مع الموصى بها لا يزيد على ثلث التركة نفذت الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، وإن كانت مع العين الموصى بها لا تخرج من التركة توقف نفـــاذ الجزء الزائد على إجازة الورثة ، وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه (١) . وعند الشافعى لا تحتسب الزوائد التى حدثت بين القبول والوفاة من الوصية فى شىء ، ولذلك إذا زاد بمجموعها مع العين الموصى بها على الثلث ، والعين وحدها تخرج من الثلث ، فإن الوصية تنفذ من غير حاجة إلى استئذان أحد .

وبالنظر الشافعى أخذ القانون ، إذا اعتبر الزوائد ملكا للموصى له ، ولم يعتبرها وصية ومن البدهى أن نفقات العين تكون على مالكها ، لأن من له غلاتها ، عليه نفقاتها .

٣٢ — هذا بيان ركن الوصية المنشىء لها ، وحكم القبول ، وأثره فى الملكية قد بينا أحكام القانون فيه ، وبينا المصادر الفقهية ، واختلاف الفقهاء فى موضوع هذه المسائل ، وما اختاره القانون قد بيناه بقدر يغنى المبتدىء ، وينير الطريق للباحث ، حتى يرجع الفروع إلى أصولها ، وأحكام القانون إلى مصادرها . والآن ننتقل إلى شكل الصيغة .

---

(١) إذا أوصى بجارية وولدت بعد الوفاة وقبل القبول ، وكانا لا يخرجان من الثلث فقد ، قال الكاسانى فى البدائع : « عند أبى حنيفة يعطى للموصى له الجارية أولا من الثلث فان فضل من الثلث شىء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل ، وعند أبى يوسف ومحمد يعطى الثلث منها جميعا بقدر الحصص ، وجه قولهما أن الزيادة أن صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منها جميعا ، ولأبى حنيفة أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة ، وهذا لا يجوز ، وبيان ذلك أن حكم الوصية قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له ، وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له ، بل تصير مشتركة ، والشركة فى الأعيان عيب ، خصوصا فى الجوارى فيتضرر به الموصى له ، ولا ضرورة إلى الحاق هذا الضرر لامكان تنفيذ الوصية فى الأصل دون الزيادة » . وهذا الخلاف فى الزيادة المنفصلة ، أما المتصلة فانها تقسم بلا خلاف ، لعدم امكان فصل الثلث من غير ذلك .

الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث عليها

٣٣ م — الصيغة المنشأة للعقود والتصرفات تنقسم إلى ثلاث أقسام من حيث التنجيز والتعليق والإضافة ، فالصيغة المنجزة هى ما تدل على إنشاء العقد وترتيب آثاره فى الحال ، كالبيع والشراء ، وغير ذلك من العقود التى وضعت لإنشاء الملك فى الحال :

والصيغة المضافة إلى المستقبل ما تدل على إنشاء العقد فى الحال ، ولكن تؤخر أحكامه إلى زمن مستقبل ، كاجارة تعقد فى الحال ، وتنفيذها بعد شهرين ، فلا تنفيذ إلا بعد الزمن المذكور .

والصيغة المعلقة ما تدل على ترتيب وجود العقد على وجود أمر غير مستحيل الوقوع فى المستقبل .

ومن المقرر أن الوصية لا تنعقد بصيغة منجزة ، لأنها تتأخر آثارها إلى ما بعد الموت ، فلا تصح إلا مضافة إلى المستقبل أو معلقة ؛ ومثلها الايصاء ، وقد جاء القانون بهذا المعنى ، كما دلت على ذلك المادة الرابعة [١] .

بيد أن التعبير بكلمة تصح التى جاء بالقانون ليس أدق تعبير ، فلو قال لا تصح الوصية إلا مضافة أو معلقة على شرط ، يكون تعيينا للمراد ، وفيه بيان أنها لا تصح منجزة ، بخلاف تعبير القانون ، فقد يوهم أنها تصح منجزة ، مع أن صيغة ذلك العقد لا يمكن أن تكون منجزة ؛ لأن التنجيز يقتضى تنفيذ الأحكام فى الحال ، وعدم تأخيرها إلى المآل ، وذلك لا يكون فى الوصية ، والايصاء مطلقاً ، إذ لا تكون أحكامهما إلا بعد الموت .

---

(١) نص المادة الرابعة هو : « مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشروط ، أو المقترنة به ، وإن كان صحيحا وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط أن كان غير صحيح ، أو زالت المصلحة المقصودة منه . والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له ، أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة » :

٣٤ — وقد أجاز القانون أن تكون الصيغة مقترنة بشروط [١]، وأوجب اعتبار بعض الشروط، وألغى إعتبار بعضها، فأوجب مراعاة الشرط الصحيح، ولم يوجب مراعاة الشرط غير الصحيح.

وعرف الشرط الصحيح بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى، أو الموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهياً عنه، ولا منافيـــاً لمقاصد الشريعة، ومثال الشرط الذى يكون فيه مصلحة للموصى أن يبدأ فى تنفيذ الوصايا باداء ما فاته من واجبات كالزكاة، أو الحج، أو القيام ببعض النذور التى نذرها لله، وعجز عن تنفيذها، فان هذه شروط من مصلحة الموصى القيام بها. ومثال الشروط التى تكون فى مصلحة الموصى له ـ اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه؛ فان ذلك الشرط فى مصلحة الموصى له. ومثال مايكون فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة دار من أعيان ماله لجهة من الجهات، على أن يكون لمن لا يجد له مأوى من ذريته حق سكناها، إن كان فيها متسع له، أو يكون هو الأولى من غيره بسكناها، وهكذا.

ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط فى تنفيذ وصاياه تخصيص قدر معين من المال، ليكون أجرة للنائحة، أو يشترط لإعطاء الموصى له أن يبقى على حال من المنكر المنهى عنه. ومثال مشرط المنافى لمقاصد الشارع اشتراط العزوبة أو تقييدالآخذمن الوصية بعدم الزواج، فان ذلك مناف لمقاصد الشارعالإسلامى.

ويلاحظ أن القانون قد قصد إلى أمرين فى الشرط الصحيح:

(الأمر الأول) أن يكون فيه مصلحة بينة بحيث لايكون اشتراطه عبثاً، حتى لو كان فيه مصلحة فى وقت، وتزول فى وقت آخر، يكون صحيحا واجب الوفاء فى وقت ثبوت المصلحةفيه، ولا يكون صحيحاواجبالوفاءفى وقتعدم تحقق المصلحةفيه،

---

(١) الفروق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط، ان الاقتران معناه أن تكون الصيغة منشئة للعقد على أن يكون مفيداً فى أحكامه بشروط معينة. أما التعليق فهو أن يترتب وجود العقد على وجود شرط.

فإذا أوصى لجماعة من الفقراء بمقدار من المال على أن يكون إنفاقه فى كسوتهم ، وكانت مصلحتهم فى ذلك — صرف فيها ، فإن كانت مصلحتهم فى أخذ نقود ، أو طعام صرف على الوجه الذى يكون فيه مصلحتهم ، فالمصلحة هى الأمر المقصود يدور معها وجوداً وعدما الحكم بلزوم استيفاء الشرط .

(الأمر الثانى) ألا يكون منهياً عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الشرط واجب المراعاة هو ما استوفى هذين الأمرين ، فالشرط الباطل الذى لا تلزم مراعاته هو الذى لا يتحقق فيه الأمران معاً ، فإذا لم يكن الشرط فيه مصلحة لأحد ، أو كان منهياً عنه ، أو منافياً لمقاصد الشارع ، فهو باطل لا تجب مراعاته .

وواضح من المادة الرابعة أن الشروط الباطلة لا تؤثر فى صحة الوصية ، إلا إذا محضت الوصية للمعصية أو دلت على أن باعث الوصية ومؤداها مناف لمقاصد الشارع ، أما إذا لم تؤد إلى ذلك ، فإنها لا تؤثر فى صحة الوصية ، بل لا تلزم مراعاتها وتهمل ، ولا يلتفت إليها .

وذلك لأن المادة الرابعة مقترنة بالمادة الثالثة ، والمادة الثالثة تصرح ببطلان الوصايا التى محضت للمعصية ، أو يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، وبملاحظتهما معاً تنتهى إلى أن الشروط الباطلة من حيث تأثيرها فى العقد تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول — شروط لو نفذت لكانت الوصية محضة المعصية ، أو لأمر مناف لمقاصد الشارع ، وليس فى عبارة الموصى ما يدل على توجيهها إلى أمر مشروع متفق مع مقاصد الشارع إن لم ينفذ الشرط ، كوصية لبغى بشرط استمرار حالها ، فإن الوصية تكون باطلة ، لأنها معصية ، ولا يمكن توجيهها إلى ناحية صالحة للوصية ، والباعث عليها أيضاً معصية بدليل ذلك الاشتراط .

والقسم الثانى — الشروط الباطلة التى لا تؤثر فى صحة الوصية ، وتعتبر هى ملغاة لا أثر لها ، وهى الشروط التى لا مصلحة لأحد فيها ، أو فيها منافاة

لمقاصد الشارع ، ولكن يمكن تنفيذ الوصية ، مع عدم الالتفات إلى الشرط كان يوصى إلى أولاد شخص ، بشرط عدم زواج البنات فان الشرط لا يلتفت إليه .

٢٥ — ولنرجىء الكلام فى الوصية التى محضت للمعصية ، أو لأمر ليس معصية فى ذاته ، ولكن هو مناف لمقاصد الإسلام إلى الكلام فى تفسير المادة الثالثة .

ولنتجه الآن إلى بيان فقه القانون فى الجزء الخاص بالشروط ، ولنذكر أولا كلام الفقهاء ذلك ، ثم نبين قرب القانون منها جملة ، أو من بعضها ، وما يصح أن يكون سناداً له ، أو معتمداً ، وإن كان هو لم يحاول الاعتماد على مذهب معين فى ذلك :

وإنا إذ نتصدى لذلك يجب علينا أن نذكر كلمة موجزة فى الشروط المحترمة فى نظر الشريعة ، والشروط التى لا تحترم .

إنه من المقرر أن الشريعة لا تحمى كل الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها مما يخالفها ، ومثلها فى ذلك المنع مثل القوانين الحديثة فى نظرها إلى الشروط المخالفة للنظام العام ، فهى لا تحميها ولا تجيز رعايتها ، بل تعتبرها جريمة فى بعض الأحوال .

ولقد اختلف الفقهاء فى حدود الشروط التى يحترمها الشرع ونراها على ثلاثة مذاهب ، كما يستنبط من قواعدهم وفروعهم .

فمذهب الحنيفة والشافعية والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع ، أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه من غير ورود أثر به شرط لا يقره الشرع ، ولا يرعاه كأن تشترط المرأة فى الزواج ألا يتزوج عليها .

والمذهب الثانى ما يؤخذ من أصول كثيرين من الحنابلة ، فإنه يستفاد منها أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ،

وعليهم رعاية عهودهم ، ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج كانت تشترط المرأة ألا يتزوج عليها ، وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ، ونحو ذلك ، وهكذا ترى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط إلا شرطاً واحداً ، وهو ألا يخالف الشرط كتاب الله أو سنة رسوله ، وألا يثبت من قواعد الشريعة العامة منعه .

وقال الظاهرية إنه لا يعتبر من الشروط إلا ماورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما ، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم بأنه أثر لتصرفاتهم فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ، ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ .

٣٦ — وقد قسم الحنفية على أساس تقييدهم للعاقدين فى الدائرة التي بيناها فى المذهب الأول الشروط إلى ثلاثة أقسام : شروط صحيحة ، وفاسدة ، وباطلة ، فالشرط الصحيح ما يكون موافقاً لمقتضى العقد ، كاشتراط تسليم الثمن قبل المبيع ، وكاشتراط أن تكون الزوائد للموصى له إن حدثت بعد الموت ؛ أو مؤكداً لمقتضى العقد ، كاشتراط كفيل بالثمن أو يكون قد ورد به أثر ، كاشتراط الخيار فى البيع أو قد جرى به عرف ، كأن يشترى ساعة ، ويشترط إصلاحها مدة معلومة ، والجزء الأخير عند الإمام والصاحبين ، وزفر لم يعتبر العرف مسوغاً للصحة

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ويكون حكمه فى الصحة واللزوم حكمه .

والشرط الفاسد ما يكون غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكد له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وفيه منفعة لشخص ، سواء أكان أحد العاقدين ، أم كان غيرهما ، كمن يوصى لشخص بعين ، ويشترط أنه إذا مات الموصى له ، والعين الموصى بها قائمة على ملكه تكون لفلان ، ولا تكون لورثة الموصى له ، فإن هذا شرط فاسد ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية

كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية ، كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والوصية كان العقد صحيحاً ، والشرط لاغياً ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به ، فالشرط لا يلتفت إليه ، لا فى الوفاء ، ولا تأثير له فى العقد .

والشرط الباطل ماليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما من أهل الانتفاع ولا يؤثر ذلك الشرط فى أى عقد من العقود ، بل يصح العقد ، ويلغى الشرط .

٣٧ — هذه خلاصة كلام الفقهاء فى الشروط ، وقد خصصنا الحنفية ببيان أقسام الشرط عندهم ، لأن مذهبهم كان معمولا به فى الوصية ، فحق علينا أن نخصه ببعض البيان .

ولكن الوقف والوصية قد اختصهما الفقهاء ، وخصوصا فقهاء المذهب الحنفى بتوسعة قبول الشروط التى يشترطها الواقفون والموصون، ذلك لأن الوصية تصرف فى الملك جاء على خلاف القواعد الفقهية التى كانت لسائر العقود للتوسعة على المالك ، لكى يتدارك ما فاته من واجبات ونذور ، وليصل ببعض ماله من يرى مصلحة له فى صلته ، وليتقرب ببعض الصدقات ، وذلك كله يقتضى أن يطلق له الحق فى الشروط ، ولأن الوصية بالمنافع والوقف كلاهما تصرف بالمنفعة ، ومن المقرر فقها أن تمليك المنافع يتقيد بالشرط ، بل يتقيد بكل شرط لا يكون من الحرام اشتراطه ، ولذلك كان كل شرط فى الوقف والوصية مقبولا إلا إذا كان الشرط منهيا عنه ، أو كان فى تنفيذه ضرر بالوقف ، أو بمصلحة الموصى لهم من غير نفع مقصود لغيرهم .

ولذلك جاء على ألسنة الفقهاء : شرط الواقف كنص الشارع ؛ والوصية أخت الوقف فى باب الشروط التى يشترطها الموصون ؛ وخصوصا فى الوصية بالمنافع . بل أن منها ما يكون فى مآله من معنى الوقف تماما .

وفى رحاب تلك التوسعة التى وسع بها فقهاء المذاهب الأربعة فيما استنبطوه

من فقه قد أفرط كثيرون من الواقفين فى اشتراط الشروط ، فكانوا يشترطون أن من يستدين لايستحق ، ويشترطون أن من يتزوج لايستحق ، ويحرمون بعض الورثة، ويغدقون على الآخرين ، وكان فى الوقف متسع لكل ظلم بالشروط واسترسلوا استرسالا فى دعوى أن شرط الواقف كنص الشارع ، كما وجد فى الوصايا مثل ذلك النحو ، فيوصى لبعض أقاربه من النساء ، ويشترط لاستحقاق الوصية ألا يتزوج ، ونحو ذلك من الشروط التى لا يدعو إليها دين ولا عرف ولا باعث من مروءة وخلق .

ومن أجل هذا وجد من الفقهاء فى عصور مختلفة من وقفوا فى سبيل هذه التوسعة وقيدوها ، وكان على رأس هؤلاء شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم ، فقد استنكرا أشد الاستنكار تلك القاعدة التى تفتح باب الشروط ، وهى أن شرط الواقف أو الموصى كنص الشارع ، استنكراها فى الوقف ، واستنكرا الاسترسال فى مثلها،أو بالقياس عليها فى الوصية،ومع أنهما من الحنابلة وقد علمت أن الحنابلة يوسعون فى الشروط أكثر من غيرهم ، فقد ضيقا فى الشروط فى الوصايا والأوقاف سداً لباب حسبوه شراً ، لأن من الشروط ما رأوا أن فيه فتحاً لباب الفساد ، كاشتراط عدم الزواج فى الاستحقاق فى الوقف ، أو فى الدخول فى الوصية .

وأساس الخلاف بين هذين الفقيهين الجليلين وغيرهما من الأئمة فى شروط الأوقاف والوصايا التى يشترطها الواقفون والموصون أن أبا حنيفة وأصحابه وسائر الأئمة لايبطلون من الشروط إلا ما يكون منهياً عنه فى الوصايا والأوقاف أو يضر بمصلحة الأعيان والمستحقين ، أما ابن تيمية فيرى ومعه ابن القيم أن كل شرط لايتفق مع مقاصد الشارع العامة يكون باطلا ، ولو لم ير فيه نهى خاص ، ويوسعان فى معنى هذه المقاصد الشرعية ، وكلما وسعا فيها ضيقا من نطاق الشروط الجائزة ، وهنا مفصل الخلاف بينهم وبين الحنفية ، ولنضرب لذلك مثلا موضحاً ، وهو اشتراط عدم الزواج للدخول فى الاستحقاق فى الوقف .

أو فى الوصية ، فأبو حنيفة وأصحابه لايرون فى مثل هذا الشرط مايوجب إلغاءه ؛ لأنه لم يرد نهى عنه ، وابن تيمية وابن القيم ومن سلك سبيلهما يرون فيه مخالفة لمقاصد الشارع من الحث على الزواج ، ومنع الفساد ، وأن الامتناع عن الزواج رغبة فى الأموال قد يوقع فى الشر ويشيعه .

وإن شئت تحرير الفرق بين المسلكين ، فقل إنهما اتفقا على أن مخالفة مقاصد الشارع غير سائغة فى الشروط ، فكل شرط اشتمل عليها باطل . ولكن الحنيفة ضيقوا معنى المخالفة فى دائرة المنهى عنه بالذات ، أما ابن تيمية وتلاميذه ، فوسعوا معنى المخالفة ، حتى تشمل كل ما يؤدى إلى فساد ، أو ما يكون ضد المصلحة الإجتماعية .

فابن تيمية وتلاميذه ينظرون إلى مقاصد الشارع العامة ، وإلى آثار تنفيذ هذه الشروط ، وتلاقيها مع تلك المقاصد العامة ، بينما يستفاد من الفروع التى تنص عليها كتب الحنفية أنهم ينظرون أول ما ينظرون إلى هذه الشروط من حيث منافاتها فى ذاتها لمصلحة المستحقين ، وكونها متفقة فى الجملة مع الشريعة لم تشتمل على منهى عنه ، ولا ينظرون فى فروعهم إلى الآثار الإجتماعية العامة لكل شرط ، واعتبر ذلك بالمثال الذى ذكرناه ، وهو شرط التعزب ، فالحنفية لم يتجاوزوا فى النظر إليه إلا كونه معصية أو ليس بمعصية ، أما ابن تيمية وتلاميذه فنظروا إليه من ناحية آثاره الاجتماعية ، واتفاقه مع المقصد العام للشرع الإسلامى ، وعدم اتفاقه .

٣٨ — ولقد قسم ابن تيمية الشروط التى يشترطها الواقفون والموصون ، إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول · عمل يتقرب به إلى الله تعالى ، وهو الواجبات ، والمستحبات فمثل هذا الشرط يجب الوفاء به .

والقسم الثانى : عمل نهى عنه نهى تحريم أو نهى تنزيه ، فاشتراط مثل هذا الشرط باطل باتفاق العلماء ، وقد جعل ابن المقيم من هذا القسم ماكان

من الشروط مستلزماً وجود ما نهى عنه ، إذ هو بمنزله ما نص على النهى عنه .
ولقد قال : « قد اختلف العلماء فى بعض الأعمال هل هو من المنهى عنه ؟ فيختلف اجتهادهم فى ذلك الشرط بناء على هذا ، وهذا أمر لا بد منه فى الأمة ومن هذا الباب أن يكون العمل ليس محرماً فى نفسه ، لكنه مناف لحصول المقصود المأمور به ، ومثال هذه الشروط أن يشترط على أهل الرباط إقامتهم فيه وهذا مكروه فى الشريعة مما أحدثه الناس » .

ومما يلحق بهذا القسم أن يكون الشرط مستلزما ترك ما ندب إليه الشارع .

القسم الثالث — عمل ليس بمكروه فى الشرع ولا مستحب ، بل هو مباح مستوى الطرفين ، فهذا قرر بعض العلماء وجوب الوفاء به ، وغيرهم على أنه شرط باطل ، فلا يصح أن يشترط إلا ما كان قربة إلى الله تعالى ، وذلك لأن الإنسان ليس له أن يبذل ماله ، إلا لما فيه منفعة فى الدين أو فى الدنيا ، فما دام الإنسان حياً فله أن يبذل ماله فى تحصيل الأغراض المباحة ، لأنه ينتفع بذلك ، فأما الميت فانه بعد الموت لا ينتفع بشىء من أعمال الأحياء إلا عمل صالح قد أمر به أو أعان عليه ، أو هدى إليه ، فإذا اشترط الموصى أو الواقف عملا ، أو صفة لا ثواب فيها كان السعى فى تحصيلها سعيا فيما لا ينتفع به فى دنياه ، ولا فى آخرته ، ومثل هذا لا يجوز .

٣٩ — هذه أقوال الفقهاء فى شروط الموصين والواقفين ، وإنا نرى أن القانون يتجه إلى تقييد الشروط الواجبة التنفيذ ، فضيق فى نطاق الشروط الصحيحة ، ووسع فى نطاق الشروط الباطلة ؛ وهو فى ذلك ينحو نحو ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فى الوصية والوقف ، ومن اختاروا مسلكه ، ولذلك أكثر من القيود فى الشروط الصحيحة ، وكل قيد من قيودها إطلاق لضدها ، وتوسعه فيه .
وقد قيدا الشروط الصحيحة بثلاثة قيود : أولها أن يكون فيه مصلحة ، ولو كانت فيه مصلحة وزالت فى وقت ما لم يجب الوفاء به ، والثانى ألا يكون منهياً عنه ، والثالث ألا يكون منافياً لمقاصد الشريعة .

وهنا نلاحظ ملاحظة شكلية فى صيغة القانون ، فإنها فيها حشواً ؛ لأنه لم يكن ثمة داع لذكر القيد الثانى وهو ألا يكون منهياً عنه ، اكتفاء بالقيد الأخير ، لأن المنهى عنه يدخل فى عموم المنافى لمقاصد الشريعة ، إذ المنافى لمقاصد الشريعة يشمل المنهى عنه بالذات أو فى الجملة ، ويشمل ما كان مخالفاً لمقاصد الشريعة العامة أو يؤدى الأخذ به إلى وقوع فى منهى عنه ، أو مكروه أو ترك أمر مندوب إليه فما كان إذن حاجة إلى ذكر كلمة لم يكن منهياً عنه ، استغناء بما بعدها عن ذكرها .

ولعل واضع النص أراد أن يجمع بين الشروط غير الصحيحة عند أبى حنيفة وابن تيمية وابن القيم ، فذكر الوصف المذكور عند الحنفية ، وذكر الوصف المذكور فى فتاوى ابن تيمية ، وبحوث ابن القيم ، ولكن ذلك لا يمنع أنه حشو لم يكن ثمة حاجة إليه ، وفى الصيغة غناء عنه .

والقانون إذ يتجه إلى توسيع نطاق الشروط الباطلة ، يسلك مسلك ابن تيمية ، بل إنه ينهل من معينه ، لأن تعريفه للشرط الصحيح يتفق مع رأى ابن تيمية تماما ، مما يدل على أنه اعتمد عليه ، لأنه لم يعتبر إلا الشرط الذى لا يكون منافياً لمقاصد الشارع ، وفيه مصلحة ، أى أنه يكون مطلوبا لتحقق المصلحة ، فهو لا ينظر فى الشرط إلا إلى الفائدة التى تجعله مطلوبا بعد أن يلاحظ أنه غير مناف للمقاصد الشريعة ، وبالموازنة بين هذا وما نقلناه لك آنفا من كلامه فى القسم الثالث من الشروط ننتهى إلى أنه يتفق معه تمام اتفاق ، أو على الأقل يقاربه .

٤٠ م — والآن نريد أن نتجه إلى بيان ما اشتملت عليه المادة الثالثة [1] وهى متصلة تمام الاتصال بالمادة الرابعة ، لأن الأخيرة مرتبطة فى لفظها ومعناها بها ، وقدمنا الكلام فى الرابعة عن الثالثة ، لأنها تتصل بالصيغة ، وتبين شكلها ، فى إضافتها إلى المستقبل ، وتعليقها ، واقترانها بالشرط ، فكان تقديمها

---

(١) نص المادة الثالثة هو « يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع ، وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية » .

أولى ، ونحن نتكلم فى الإنشاء والركن . أما الثالثة فإنها فى الباعث والغرض ، ووصف الوصية من هذه الناحية ، فكان الكلام فى ذلك مؤخراً عن الكلام فى الركن وشكله .

تعرضت المادة الثالثة لبيان حكم الوصية إذا تمحضت للمعصية ، فتضمنت أن الوصية إذا كانت بمعصية أو كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع فهى غير صحيحة . لأن من شروط الصحة ألا تكون كذلك ؟

كما تضمنت بيان حكم وصية غير المسلم فحكمت بأنها صحيحة إلا إذا كانت قد تمحضت لأمر محرم فى الشريعة الإسلامية وشريعته ، فإذا كان محرماً فى إحداها ، وهو حلال فى الأخرى كانت الوصية به صحيحة .

ولكى تلتئم هذه المادة مع المادة التى تليها ، ويستبين الاتصال بينهما ، وجب أن نقول إن المادة الثالثة تبين الوصية إذا تمحضت للمعصية ، كالوصية على أندية القمار ، أو إقامة القباب على المقابر ، أو النياحة على القبور أو وراء جنائز الموتى فتكون باطلة ، لأنه لا توجيه لها إلا فى سبيل المعاصى ، ولا مصرف لها سوى هذا السبيل ، والشارع لا يقر الصرف فى ذلك فتكون باطلة . أما إذا كانت الوصية موضوعها خير فى ذاته ، ولكن اشترط فيها شرط هو معصية فى ذاته أو يؤدى تنفيذه إلى منافاة لمقاصد الشارع ، فإن الشرط يلغى ، وتصرف الوصية فى مصارف الخير ، ولا يلتفت إلى الشرط المشتمل على المعصية ، وهذا ما تعرضت لبيانه المادة الرابعة ، وإنما صحت الوصية فى هذه الحالة مع اشتراط المعصية ، لأنه أمكن توجيهها من الناحية المباحة ، وصرفها فى المصارف التى لا إثم فيها ، فنفذت مع ملاحظة أوامر الشارع ونواهيه ، فنفذ منها ما يتفق مع ذلك وأبطل غيره ، ولذلك لم يحكم عليها بالبطلان .

٤١ م — والمادة الثالثة كما نوهنا اشتملت على ثلاثة أمور :

أولها — الوصية التى محضت للمعصية ، وهى الوصية بأمر محرم نصاً ، كوصية لأندية القمار ، أو لمرقص .

ثانيها — وصية ليست فى ذاتها معصية ، بل هى تمليك مباح ، ولكن الباعث عليه أمر محرم ، كالوصية للخليلة ليضمن أن تستمر معه على الحال المحرمة بينهما ، وكالوصية لأهل الفسوق ، ليستعينوا بها على فسقهم ، فإن هذه الوصية ينظر حينئذ إليها نظران : (إحدهما) كونها تمليكا مباحاً لمن هو أهل للتمليك .

(والثانى) نظر القانون إلى الباعث ، فإن الباعث عصيان ، وما كانت الوصايا لذلك ، وهى مشروعة استثناء للاعانة على الواجبات التى فاتته فى ماضى حياته ، أو لتكون له صدقة جارية من بعد وفاته ، أو ليصل بالمودة من يود صلته من ذوى قرباه أو غيرهم الذين أعانوه فى حياته ، ولا يتفق هذا مع اتخاذها ذريعة للاستمرار على الفسق والفجور ، ولذلك أبطل القانون الوصايا التى يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع أو بعبارة أوضح يكون الباعث عليها معصية أو يؤدى قطعاً إلى أمور لا يحلها الشارع .

٤٢ م — وهنا يجب أن نشير إلى أن القانون فى هذه المسألة قد أتى بأمر جديد على القواعد العامة لفقه أبى حنيفة والشافعى ومالك أو بعبارة أعم لفقه المذاهب الأربعة فى الجملة ؛ لأن العبرة فى صحة العقود فى هذه المذاهب فى الجملة إلى الألفاظ الدالة عليها ، ولا يحكم على المقاصد والبواعث ، إلا إذا كانت هناك ألفاظ تدل عليها ، وفى هذه الحال يعطى الحكم على أساس هذه الألفاظ ، لا على أساس البواعث الخفية التى لم يقم دليل من الألفاظ عليها .

ولكى يكون القانون غير غريب من كل الوجوه ، ويكون متفقاً مع الأصول المقررة فى الإثبات بين يدى القضاء يجب أن يكون الأمر فى تعرف الباعث والمقصد معتمداً على أمور مادية واضحة بينه ، لا على مجرد الحدس والتخمين . فالوصية للخليلة مثلا ، والموصى قوى معافى سليم إذا اقترن بقرائن أخرى ، يمكن أن يعرف باعثه ، وهو استمرارها على تلك الحال المحرمة ، وضمان ذلك الاستمرار ، ولهذا تكون الوصية باطلة ، وإذا كانت الوصية وهو مريض مرضاً يظهر له أنه لن يبرأ منه ، فان مثل هذه الوصية لا تكون باطلة ؛ لأنها قد تكون

صونا لها من بعده عن الإبتذال ، وليس فى ذلك ما يؤدى إلى أمر محرم ، فلا يحكم عليها بالبطلان ، أو على الأقل يتوقف القاضى ، حتى يثبت لديه بالبرهان باعثه الذى يؤدى إلى أمر آثم يقينا .

الأمر الثالث — وصية غير المسلم ، وقد نوهنا إلى أن القانون اعتبرها باطلة إذا كانت محرمة فى دينه وفى الإسلام ، فالوصية لفقراء المسلمين صحيحة ، لأنها حلال فيهما ، والوصية لفقراء غير المسلمين كذلك ، والوصية على المصالح مثلها ، والوصية على المساجد صحيحة ، لأنها حلال فى نظر الإسلام ، والوصية للكنائس والبيوع وبيوت العبادة صحيحة ، لأنها حلال فى دينه ، والوصية على أندية القمار غير صحيحة ، لأنها حرام فيهما ، وكذلك الوصية على الخلائل لتستمر الحال التى لا تتفق مع دين ، أو على الأقل لا تتفق مع دين سمـــاوى ، وغير المسلمين فى مصر من أهل الديانات السماوية والحمد الله .

٤٣ — هذا بيان المادة الثالثة وما اشتملت عليه ، ولنتجه إلى بيان المصدر الفقهى ، لقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن الأمر الأول ، وهو بطلان الوصية بأمر محرم مأخوذة من الفقه الحنفى ، فيجب إذن أن نرجع إلى ذلك الفقه ، لنعرف البيان الكامل لأصل هذه المادة :

إن المنصوص عليه فى الفقه الحنفى أن الوصية لأهل الفسوق مكروهة ، ولكنها من الناحية القضائية تكون صحيحة ليس لقاض أن يحكم ببطلانها ، لأنها تمليك [1] لمن هم أهل التمليك ، فصح ذلك التمليك ، لأنه لشخص صالح له ، وقد نص بجوار ما سبق على أنه إذا كانت الوصية بضرب قبة على قبره ، فإنها تكون باطلة ، وكذلك نص على بطلان الوصية بقراءة القرآن على القبر ، وغير هذا من الوصايا بأمور ليس فيها تمليك لأحد .

وقد قال ابن عابدين إن مقتضى هذا الكلام أنه يشترط لصحة الوصية عدم

(١) راجع أول كتاب الوصايا فى الدر المختار ورد المختار والنظر فى بطلان هذه قانونا يجىء من ناحية النظر إلى الباعث ، لا الصرف فى ذاته .

الكراهة وأنها تكون باطلة ، ووفق بينها وبين إجازة الوصية لأهل الفسوق مع أنها مكروهة بقوله : « يفرق بينهما بأن الوصية إما صلة أوقربة ، وليست هذه واحدة منهما . فبطلت بخلاف الوصية لفاسق ، فإنها صلة لها مطالب من العباد ، فصحت وإن تكن لفاسق كالوصية لغنى ، لأنها مباحة ، وإن لم تكن قربة »[1] .

وجوهر الفرق فى أن الوصية لأهل المعاصى تجوز قضاء فى الفقه الحنفى ، والوصية لعمل منهى عنه كضرب قبة على قبر غير صحيحة — أن المذهب الحنفى ، لايشترط جهة القربة إذا كانت الوصية لمعين أو نحوه لأنها تمليك ، وهو من أهل التمليك ، وإن كانت لغير معين بأن كان لايحصى ، أو لمن لايملك ، لاتصح إلا إذا كان فيها قربة ، فتبطل إذا كانت غير قربة ، وبالأولى إذا كانت بمعصية .

وبعد هذا البيان نستطيع أن نقول إن الأمر الأول مما اشتملت عليه المادة الثالثة مأخوذ من مذهب أبى حنيفة ، كما جاء فى المذكرة التفسيرية .

٤٤ — أما الأمر الثانى : وهو بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مأخوذ من القاعدة الشرعية : « الأمور بمقاصدها » وقالت : « العمل الذى يقصد به أن يكون وسيلة للشر أو مكافأة عليه يكون حراماً باطلا » .

ولكن يجب علينا أن ننبه إلى أن اعتماد المذكرة على تلك القاعدة اعتماد على أساس لايثبت عليه قانونهم ؛ لأن الفقهاء الذين قرروا هذه القاعدة . لم يحكموا ببطلان العقود للبواعث التى تبعث عليها ، إذا لم يكن فى ألفاظ العاقد ما يجعل العقد باطلا ، ولا يصح أن نعتمد على كلام شخص لإثبات نقيض قوله ، بل يجب أن نفهم كلام أولئك المتقدمين على أساس أنه مرتبط بعضه ببعض ، فيجب مثلا أن نفهم كلمة فقهاء الحنفيه « العبرة بالمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى » مقترنة بما جاء فى شرح الجامع الصغير : « المعتبر فى أوامر الله المعنى والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ »[2] ومقترنة بفروعهم الكثيرة التى لم يبطلوا فيها العقود لمقاصدها وبواعثها

(١) راجع عابدين جـ ٥ ص ٥٧٧ طبعة استانبول .
(٢) راجع الأشباه والنظائر وحاشيته جـ ١ ص ٣٢٠ ، ٣٢٢

بل أبطلوها لما اقترن بها من عبارات تؤدى إلى إبطال مقتضاها ، وإذا فهمت القاعدة على هذا الأساس يكون المقصود بها المقاصد المعتبرة التى تدل الألفاظ عليها ، كالهبة إذا كان العوض مقدراً عند إنشاء العقد وسلم ، فإنها تكون بيعاً لا هبة .

وإذا كانت تلك القاعدة لم تصلح أصلا فقهياً ، وجب أن نبحث عن أصل صحيح مقرر صريح ، وإن ذلك الأصل نجده فى كلام ابن القيم ، وهو صريح فى ذلك ، فهو يصرح بأن العبرة فى أحكام العقود بالقصود ، وأن القصد من العقد إذا كان آثماً ، وقام دليل عليه فسد العقد ، لذلك يقول :

« قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده ، وفى حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريماً ، فيصير حلالا تارة ، وحراما تارة أخرى باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة ، وفاسداً تارة أخرى باختلافها ، ولذلك لو أكلا طعاماً حراماً يظنه حلالا لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراما أثم بنيته » .

ويقول أيضاً فيمن قصد بعقد غير معناه المتفق مع غرض الشارع : « إن قصد به ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة ، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، وبعت واشتريت بقصد الربا وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فان فى تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم ، وإسقاطاً للواجب ، وإعانة على معصية الله . ومناقضة شرعه . وإعانته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعانته على ذلك بالطرق التى وضعت مفضية إلى غيره ، واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للزنا ، فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجباً لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فان الطرق وسائل ، وهى مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسع إليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الاعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، بل سلك هذه الطريقة قد

تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفى قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ، ودخله من بابه[1] » .

وهذا كلام صريح فى أن العقد يأخذ حكم باعثه ، فان استيقن القاضى بأن الباعث إثم أو يؤدى لا محالة إلى شر حكم ببطلانه ، وإذا ثبت لدى القاضى أن الباعث على الوصية يتنافى مع مقاصد الشريعة ، وقامت على ذلك القرائن فانه يحكم بأن العقد غير صحيح ، ولا أثر يترتب عليه .

هذا والمادة بعمومها فى هذا الجزء « وهو عدم صحة الوصية التى يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع تشمل بطلان وصية الضرار ، وهى التى يقصد بها الاضرار بالورثة ، بأن يوصى بثلث ماله لبعض الناس ، لا لقصد صلته ، بل مضارة بورثته ، وقد أطلعنا على بعض وثائق الوصايا ، فوجدنا الموصى يصرح بأنه يوصى بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ، ويصرح بأنه كان يود أن يوصى بكل ماله فى هذه الحال ، ولكن القانون لا يمكنه إلا من الثلث ، فهذه الوصية وأشباهها ، وكل ما هو على شاكلتها ، وإنه لكثير ـ لا يقصد به إلا مضارة الورثة ، فالباعث عليها مناف لمقاصد الشارع ، وإذا ثبت هذا الباعث ، كما جاء فى الوثيقة التى أشرنا إليها كانت الوصية غير صحيحة .

وقد حقق بعض العلماء بطلان وصية الضرار ، ومنهم الشوكانى فى نيل الأوطار ، فقد جاء فيه « الوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى ، وما كان كذلك فهو معصية . . وعن ابن عباس بإسناد صحيح أن وصية الضرار من الكبائر ، فما أحق وصية الضرار بالابطال من غير فرق بين الثلث ، وما دونه وما فوقه » .

٤٥ ــ أما الأمر الثالث ، وهو الخاص بوصية غير المسلم ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية فى بيان مصدره الفقهى أنه مذهب أبى حنيفة فى أكثره ، ومذهب

---

(١) منقول بتصرف من إعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٠٦ وما يليها .

الشافعى فى فرع من فروعه ، فقالت : « والأحكام موافقة لمذهب الإمام أبى حنيفة إلا فى الوصية بما هو قربة عند المسلمين دون شريعة الموصى ، فإنها تصح على مذهب الشافعى » .

ولنذكر أحكام وصايا غير المسلمين فى مذهب أبى حنيفة بالنسبة للجهة الموصى لها ، ويتبين منها أن الجزء المأخوذ من مذهب الشافعى صغيراً جداً .

لقد نص الحنفية على أن الموصى له إذا كان معيناً بأن كان شخصاً معيناً أو قوماً معينين ، فإن الوصية لهم تجوز من غير المسلم ، سواء أكان الصرف لهم قربة فى نظر المسلم وحده أم فى نظر المسلم وغير المسلم ، ما دامت لا معصية فيها ، وعلل ذلك الزيلعى بأن ذلك تمليك ، وتمليك غير المسلم جائز للمسلمين المعينين ، ولو كان قد ذكر أن تسرج به مساجدهم ، وقد قال فى ذلك « لحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز فى الكل على أنه تمليك لهم ، وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة ، لا على طريق الإلزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها بل يفعلون به ما شاء ؛ لأنه ملكهم » .

وإذا كانت الوصية لغير معين ، أى لقوم غير محصورين ، فهنا موضع التفصيل ، لأن الحنفية يشترطون فى الوصية فى هذه الحال لأجل صحتها أن يكون هناك ما يشير إلى معنى الحاجة ؛ لتكون الوصية قربة وصدقة ، وإذن يشترط لصحة الوصية فى هذه الحال أن تكون فى قربة ، وقد قسم فقهاء الحنفية وصية غير المسلم فى ذلك إلى ثلاثة أقسام :

أولها — الوصايا التى تعتبر قربة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج بيت المقدس ، أو أوصى لفقراء أهل القرية ، أو لفقراء المسلمين ، أو لفقراء مدينة القاهرة ، أو بغداد أو دمشق ، فإن الصرف للفقراء مهما تختلف دياناتهم قربة فى كل الأديان .

وثانيها — الوصية بما يحرم فى الإسلام وفى ديانة الموصى ، كأن يوصى للمغنيات والنائحات ، فإن الوصية فى هذه الحال باطلة إن تمحضت لهذه المعصية

ومثلها عند الحنفية ، إذا كانت الوصية قربة عندنا ، وليست قربة عندهم .

ثالثها — الوصية بما هو قربة عندهم ، وليس قربة عندنا ، وهذه قد اختلف فيها أبو حنيفة مع صاحبيه ، فأبو حنيفة قرر أنها وصية جائزة ، والصاحبان قررا أنها باطلة ، ومثال هذا النوع الوصية ببناء كنيسة لغير معين ، وحجة أبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجوز الوصية بالبناء على معتقدهم ، ولا يعاملون بغيره .

وحجة الصاحبين أن هذه ليست قربة في نظر الإسلام ، والعبرة في قضاء الإسلام بنظره . فعلينا أن نقضي بحكمه ، لأنا لا نحكم بغير ما أنزل الله ، فلا نحكم بمعتقدهم ، وأمرنا بتركهم وما يدينون يقتضي ألا نتدخل في شئونهم ، ولكن عند التقاضي لا يقضى باعتقادهم ، بل يقضى بحكم الإسلام .

والعمل على مذهب أبي حنيفة من قديم الزمان .

٤٦ — جاء القانون ، فنص على أنه لا تبطل وصية غير المسلم إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية ، كما علمت ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة ، إلا في جزء من الحال الثانية السابقة ، وهو الذي تكون فيه الوصية في معناها لغير معين ، وكان الصرف قربة في نظر المسلمين ، ولم يكن قربة في نظر الموصي ، كأن يوصي لمسجد في مدينة لا ينتفع بالصلاة فيه معينون أو محصورون .

وقد أخذ ذلك الحكم من مذهب الشافعي وأحمد ؛ لأنهما يعتبران القربة المطلوبة في حال اشتراط القربة هي ما كان في نظر الإسلام قربة ، وفوق ذلك ، فإن أحمد كمالك لا يشترط القربة لا في الوقف ولا في الوصية ، بل الشرط ألا يكون في الصرف معصية ، والعبرة في كونه معصية عند أحمد هو بنظر الإسلام ، وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الفقرة الأخيرة لا تعتمد فقط على مذهب الشافعي ، بل توافق أيضاً مذهب أحمد ومذهب مالك ، لأن مذهب أحمد ينظر القربة عند اشتراطها بنظر الإسلام ، ولأن مالكا وأحمد لا يشترطان القربة في الوقف والوصية لغير المعين ، بل الشرط أن يكون في الصرف بر أو معروف ، وألا يكون فيه معصية .

سماع دعوى الوصية

٤٧ م — ذكرنا إنشاء الوصية ، والصيغة التي تنشأ بها ، ولم يشترط القانون بوضعه القائم شروطاً أخرى رسمية الإنشاء .ولكنه اشترط فقط لسماع الدعوى بعد وفاة الموصى عند الإنكار أن تكون الورقة ثابتة بورقة رسمية أو بورقة عرفية كتبت جميعها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه ، أو كانت بإمضاء مصدق عليه ، وطبق ذلك على الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١٠ .

أما الحوادث السابقة على ذلك فقد اكتفى فى إثبات الدعوى بورقة عرفية عليها إمضاء المتوفى ، أو ختمه بشرط أن تكون خالية من شبهة التصنع .

وقد أخذ فى ذلك مما جاءت به لائحة سنة ١٩٣١[1] فى الجملة ، وزاد عليها الإثبات بالورقة المصدق على توقيعها ، وإن لم تكن بخطه جميعها .

٤٨ م — ولقد كان المشروع الذى تقدمت به وزارة العدل لمجلسى الأمة ينص على أن الوصية لا تنشأ إلا بعقد رسمى ، أو بعقد عرفى مصدق على أمضائه ، ولقد نقدنا ذلك الجزء ، وقلنا فى ختام النقد مانصه :

« ولو أن لنا أن نقترح شيئاً يحل محل ما اقترحته اللجنة فى هذا المقام ، فهو أن نبقى ما جاء باللائحة الشرعية على ماهو عليه ، وهو ألا نسمع دعوى الوصية بعد الوفاة عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ، ويزاد على ذلك ألا تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بعد الوفاة ، إلا إذا سجل عقد الوصية ، أو الحكم الصادر بها عند التنازع

(١) وهذا نص الفقرة الخاصة بذلك من المادة الثانية من القانون : «ولا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وعليها امضاؤه كذلك ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع مصدقا على توقيع الموصى عليها » .

فيها ، وبذلك تتفق الوصية بالعقار مع العقود الناقلة لملكية العقار من يد إلى يد »[1]

وقد وجد الأمران أذنا مصغية ، فقد رأيت أن حكم اللائحة الشرعية هو الذى أخذ به بالنسبة لإنشاء الوصية وسماع الدعوى بها فى الجملة ، وعدل عن اشتراط الرسمية ، أو ضرورة التصديق على التوقيع لإنشائها .

أما الأمر الثانى ، وهو اشترط التسجيل لنقل الملكية بها فى العقار ، فقد أخذ به فى المبدأ العام الذى قرر بمقتضى قانون الشهر العقارى الذى طبق منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ - أن الوصية لا تنتقل بها الملكية فى العقار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل ، فصارت الوصية لا تنقل الملكية فى العقار إلا إذا سجل العقد أو الحكم عند التنازع .

ولقد كان ذلك حسناً ، فإن شهر العقار بالتسجيل يميز الحقوق ويمنع الاعتداء ، وهو منطق القوانين القائمة ، فالأخذ به فى كل أسباب نقل الملكية للعقار ربط بين كل هذه الأسباب ، فتسير على نسق واحد محكم ، وتكون وسائل إثبات الحقوق فى العقار متحدة لا تنافر بينها . بل تجرى على نظام مقرر ثابت .

وبمقتضى ذلك تصير الوصية كالبيع تنشأ بالأقوال المنشئة لها ، ولكن لا تثبت الملكية فى العقار إلا بالتسجيل ، وكذلك البيع .

---

(١) راجع مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشر ص ٢٦٠ وقد بنى نقد المشروع فى أمور هذه ملخصها :

أولا : أنه لا توجد غاية معقولة لاشتراط الرسمية أو ما يشبهها للانشاء ، فلا يكون الغرض الشهر لأنه اكتفى بالعقد المصدق على توقيعه ، وبذلك لا يصلح غاية معقولة ، ولا يمكن أن تكون الغاية شبهها بالهبة ، لأن الباعث على الاشتراط فى الهبة هو حماية الواهب وليس ذلك يتحقق فى الوصية ، لأن الملكية لا تثبت الا بعد الوفاة ، وله الرجوع فى أى وقت شاء .

ثانياً : ان اشتراط التسجيل للانشاء فيه ضرر بالموصى ، لأن فيه اهمال ارادته ، وضرر بالموصى له ، لأنه حرمان له ، وإن كثيراً من الوصايا فى أبواب القربات فلا يصح التضييق فى انشائها ، بل المعقول هو التوسعة .

ثالثاً : أن طبيعة الوصية تتنافى فى كثير من الأحوال مع اجراءات التسجيل ، اذ هى فى غالب أحوالها تكون قرب الوفاة ، وتلك حال لا يسهل فيها التسجيل ، وقد يكون سبباً فى فواتها ، وفى فواتها المضرة للموصى والموصى له كما بينا .

شروط الموصى

٤٩ — ذكرنا فيما أسلفنا من قول ركن الوصية ، والعبارة المنشئة لها ، وما يقترن بها من شروط ، والبواعث على الوصية ، وصحة الوصية وبطلانها من هذه الناحية ، وذكرنا فى ثنايا القول متى تنتقل الملكية فى الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازه أحد ، والآن نتكلم فى شروط الوصية . وهى أقسام ثلاثة : شروط تتعلق بالموصى ، وشروط تتعلق بالموصى له وشروط تتعلق بالموصى به .

ولنتكلم فى كل من هؤلاء ، مبتدئين بالموصى .

٥٠ م — ذكر القانون شروط الموصى التى يجب توافرها، لكى تنشأ الوصية الاختيارية صحيحة ، وتستمر صحيحة إلى الموت فى المواد الخامسة ،والرابعة عشرة والسادسة عشرة [1] .

وخلاصة ما اشتمل عليه من أحكام أن الموصى يشترط أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلا رشيداً ، وعبر القانون عن هذه المعانى بكلمة «وأن يكون من أهل التبرع قانوناً » ، ومعناها هو هذا الذى ذكرناه ، وعلى ذلك إذا صدرت وصية عن غير البالغ ، أو عن المجنون ، أو المعتوه كانت باطلة .

أما العاقل السفيه ، ومثله من لم يبلغ الحادية والعشرين ، وقد بلغ ثمانى عشرة سنة شمسية ، فان وصيتهم ليست باطلة باطلاق ، بل تصح بعد استئذان المحكمة الحسبية وإذنها .

وقد لاحظ القانون فى ذلك أمرين : (أحدهما) أن السفيه وذا الغفلة مكلفان

---

(١) وهناك نص هذه المواد :

المادة الخامسة — يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانوناً ، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانى عشرة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسبى (المحكمة الحسبية) .

مادة ١٤ — تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقا إذا اتصل بالموت، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى .

مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .

كل التكليفات الشرعية والاجتماعية، لم يسقط اعتبار قولهما، ولم تسقط عنهما تبعة أعمالها، وإنما الحجر على كل واحد منهما لمصلحة نفسه، والمحافظة على ماله، ورعاية حقوق ورثته من بعده، فكان من الحق أن تنفذ وصاياه، وخصوصاً أنها لا تصيب أمواله بنقص فى حال حياته، وقد حافظ الشارع على حقوق ورثته بحماية الثلثين لهم، وبذلك أخذ الأئمة الثلاثة : أبو حنيفة ومالك وأحمد، وأحد قولى الشافعى، ولكن لأنه لم يحسن التدبير ولم يحسن التصرف كان للمحكمة الحسبية رقابة على هذه الوصايا لتكون فى دائرة الحق، ولتكون كوصايا أهل التدبير الحسن، فاستئذان المحكمة الحسبية لتكون فى الدائرة المعقولة المشروعة، ولضمان ذلك ممن اشتهر بسوء الرأى والتدبير.

(ثانيهما) أن سن الرشد فى القانون هى إحدى وعشرون سنة، وهى أكبر من السن التى قررها فقهاء المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل، إذ أن أقصى سن البلوغ على مقتضى ذلك المذهب هى ثمانى عشر سنة للغلام، وسبع عشرة سنة للجارية، على مذهب الإمام، وخمسة عشر سنة لهما عند الصاحبين فكان من يبلغ الثامنة عشرة سنة بالغاً بحكم الفقه، غير بالغ بحكم القانون، وقد لاحظ القانون ذلك، فجعل لمن يبلغ الثامنة عشرة الحق فى إدارة أمواله تحت إشراف المحكمة الحسبية[1] وكان من الاتساق القانونى، وموافقة المذاهب الفقهية المختلفة أن يكون لمن يبلغ هذه السن الحق فى الوصية بعد إذن المجلس الحسبى، ليضمن المجلس أن تكون وصيته كوصية الحسنى الرأى والتدبير من البالغين الراشدين.

٥١ م — وإذا كان العقل شرطاً لصحة الوصية عند إنشائها، فهو شرط أيضاً لبقائها، ولذلك إذا جن الموصى جنوناً مطبقاً واتصل الجنون بالموت، فإن الوصية تبطل، وذلك لأن للموصى الرجوع فى الوصية، فشرط بقائها أن يموت مصراً عليها، فإذا أصيب بجنون مطبق، واتصل ذلك الجنون بالوفاة لم يثبت

(١) راجع قانون المحاكم الحسبية المعمول به.

أنه مات مصراً عليها ، لاحتمال أنه ربما كان يرجع لو كان مستفيقاً إلى الموت ، وإذا كان الجنون غير مطبق ، أولم يتصل بالموت لم تبطل الوصية ؛ لأنه إذا استفاق بين عارض الجنون والموت كانت لديه فرصة الرجوع ، ولم يرجع ، فكان ذلك دليلا على الاصرار ، وإذا كان الجنون غير مطبق لا تبطل الوصية ، ولو اتصل بالموت ؛ لأنه يشبه الإغماء ، والاغماء لايبطل الوصية ، ولأن زوال العقل فى غير المطبق غير مستيقن ، فلا تزول به التصرفات الثابتة .

والجنون المطبق فى أرجح الأقوال هو الذى يمكث شهراً ، وبذلك أخذت المذكرة التفسيرية .

هذا هو حكم الجنون إذا عرض بعد إنشاء الوصية ، ويختلف الحكم إذا عرض الحجر للسفه أو الغفلة بعد إنشاء الوصية ، فأنها لاتبطل ولو اتصل الحجر بالموت ؛ وذلك لأن الحجر للسفه والغفلة لا يزيل الأهلية ، ولا يمنع الرجوع فى الوصية ؛ فليس فى القانون مايدل على أن السفه يمنع من الرجوع ، بل النص على أنه لا يبطل الوصية ، ولم يقل الحنيفية إنه يمنع إنشاء الوصية ، فالأولى ألا يمنع الرجوع فيها .

٥٢ — هذه أحكام القانون فى شروط الموصى اللازم توافرها لتصح الوصية ، وتستمر ، وبقى أن نذكر المصادر الفقهية لها ، أو بعبارة أدق ما يتفق معها من أقوال الفقهاء ، أو يقاربها .

لقد اتفق الفقهاء على أن وصية المجنون . والمعتوه ، والصبى غير المميز الذى لا يقصد إلى معانى العبارات قصداً صحيحاً — باطلة ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لما تدل عليه ، فلا تصح منهم صلاة ، ولا ينعقد بكلامهم تصرف ، سواء أكان نفعاً محضاً ، أم كان محتملا للضرر والنفع ؛ فبالأولى لاينعقد بعبارتهم ما هو تبرع فى ذاته .

أما الصبى المميز ، فوصيته جائزة عند أحمد ومالك ، وأحد قولى الشافعى ؛ لما روى أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأجاز وصيته ؛ وروى مالك فى موطئه عن عبد الله

ابن أبى بكرة عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب أن ها هنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم وورثته بالشام ؛ وهو ذو مال ، وليس له ها هنا إلا أبنة عم قال عمر فليوص لها[1] » .

ولأنه إنما منع من التصرف خشية إضاعة المال ، وليس فى الوصية إضاعة له ، لأنه إن عاش فهو له ، وإن مات نال الثواب ؛ لأن الوصية الحق لا تخلو من ثواب ، أوبر ، أو معروف ، ولأن الحجر على الصغير لحق نفسه ، لا لحق غيره ، ولو منعنا وصيته لكان عكس المفروض ، ولا يمنع الإنسان من التصرف فى ماله لأمر غير مقرر لغيره .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، والشافعى فى أحد قوليه إلى أن وصية الصبى المميز لا تجوز ؛ لأن الوصية تبرع ، والتبرع منه لا يجوز ؛ فبالأولى لا تجوز منه الوصايا ، ولأن الوصايا شرعت على سبيل الاستثناء ، ليتدارك المكلف ما عساه يكون قد فاته فى حياته ، وليبر من وصله ، ولا يتحقق ذلك فى الصبى ، إذ هو يستقبل الحياة ، ولا يستدبرها ، فلا معنى للوصية منه[2] .

ووصية السفيه جائزة على مذهب الإمام أبى حنيفة ؛ لأنه لا يسوغ الحجر عليه ؛ فهو كامل الأهلية عنده ؛ وعند الصاحبين تجوز استحساناً ؛ لأن الحجر عليه لمصلحة نفسه ، ووصيته التى توافق الحق ، أو يصح أن تصدر عن حسنى الرأى والتدبير فى دائرة الثلث لا تضره ؛ لأنها تنفذ من بعده ، ولا تضر ورثته ، لأن حقهم لا يتجاوز الثلثين ، ولأن السفيه مكلف ؛ فعساه يكون قد فاتته واجبات كزكاة لم يؤدها ، وحج استطاعه ولم يؤده ؛ فيجب أن يكون له الحق الذى تصدق الله به على المكلفين فى آخر أعمارهم ، وهو ثلث أموالهم ، وذلك بتمكينه من الوصايا التى توافق الحق ، أو يمكن أن تصدر عن أهل الرأى تمكينا مطلقاً ، لا رقابة لأحد عليه فيه إلا الله .

ولكن القانون يخالف كل هذا ، ويقيد وصية السفيه باستئذان المحكمة الحسبية

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٢٧ .

(٢) أجاز الحنفية على سبيل الاستثناء وصيته بتجهيزه وتكفينه ، والاستثناء معقول

وإذنها ، وقد تكون الوصية فى وقت لا مجال فيه للاستئذان ، والاذن ، كأن يكون مريضاً مرض الموت ، وأشرف على الموت ، فأوصى بأداء زكاة ، أو أداء حج أو تصدق ؛ أو نحو ذلك من اعمال البر ؛ فيفوت ذلك الخير الذى يبتغيه ، ويصيب المحتاجين أو الفقراء ،

لذلك لا نجد مبرراً لهذه التقييد الذى اشتمل عليه القانون ؛ ونحن نميل إلى آراء الفقهاء ، لأن الحجر على السفيه لصيانة ماله ؛ والمحافظة على شخصه من الضياع ؛ وأن يكون كلا على الناس ، وذلك لا يتنافى مع الوصية ؛ لأنها تنفذ بعد الموت فى دائرة الثلث ؛ ولو أننا أردنا طريقا وسطا بين القانون والفقهاء ؛ لقلنا إن وصايا السفيه تنشأ بمحض إرادته ، كما تنشأ وصايا من لا حجر عليهم ، ولكن يكون للمجلس الحسبى إبطالها ، إذا كانت فى غير سبيل الحق أو الخير ، وهذا توسط حسن نتقى به ضرر الإفراط فى التمسك بالاذن ، ونحقق غرض الفقهاء وشرطهم ، لأنهم أجازوها بشرط أن تكون فى سبيل لا شر فيه .

٥٣ — وإبطال الوصية بوجود الجنون المطبق بعد إنشائها هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وعللوا ذلك بأن الوصية تصرف غير لازم،والعقود غير اللازم يكون لبقائها حكم إنشائها [1] أى أن ما يكون شرطاً للانشاء هو شرط للبقاء ، لأن بقاءها يقتضى توافر الإرادة المستمرة للابقاء ، وهذه الإرادة لا تكون إلا إذا استمرت الأهلية ، فزوالها بعارض من العوارض يمنع الإرادة المستمرة للابقاء .

ولا فرق عند الحنفية بين الجنون المطبق المتصل بالموت ، والجنون المطبق الذى تحصل منه إفاقة قبل الموت ، لأن عارض الجنون المطبق قد منع إرادة الإبقاء المستمرة .

والجنون المطبق قد اختلف فيه أئمة المذهب الحنفى فقال محمد إنه ما يستمر سنة ؛ وذلك لأن أقصى مــدة للعبادات هى سنة للزكاة . فاعتبرت لأنه

(١) البدائع الجزء السابع ص ٣٩٤ .

بعضها تسقط العبادات كلها فى السنة ؛ فيكون ذلك دليل سقوط التكليف تماماً .

وقال أبو يوسف إنه ما يستمر شهراً ؛ لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة الصوم فاعتبر مقداره ؛ وعلى رأى أبى يوسف سار القانون .

ومذهب المالكية والحنابلة أن الوصية متى نشأت ، والموصى كامل الأهلية لا تبطل بزوال الأهلية ، ولو اتصل بالموت ، لأن الجنون الطارىء لا يبطل التصرفات السابقة عليه ، فلا يبطل البيع ، ولا الاجارة ، ولا الوقف ولا غيرها من التصرفات السابقة ، ولا يصح أن تقاس الوصية على الوكالة ، لأن الوكيل يستمد ولايته على التصرف باسم موكله من ولاية الموكل؛ فاذا زالت أهلية الموكل فقد زالت الولاية التى يستمد منها الوكيل سلطانه فتبطل الوكالة .

وقد توسط القانون ؛ فأخذ بمذهب الحنفية فى بطلان الوصية بالجنون الذى يتصل بالموت ، ولم يأخذ بنظرهم فى الجنون الذى لم يتصل بالموت ، بل أخذ فيه بنظر المالكية والحنابلة .

وهذا التوسط تصرف فقهى حسن ، لأن الجنون الذى لا يتصل بالموت توجد فيه للموصى فرصة الرجوع إن أراد ؛ فان لم يرجع فقد أصر .

٥٤ م — ولم يشترط القانون فى الموصى ألا يكون مديناً ، لأن ذلك ليس شرطاً للانشاء ، ولا للبقاء ، بل يتأتى الكلام فى الدين عند التنفيذ ،فوصية المدين ولو بدين مستغرق تنشأ صحيحة وتستمر صحيحة إلى الموت ، وعند تنفيذها يقدم الدين ، قل أو جل عليها ، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين توقف التنفيذ على إبراء الدائنين للميت من الدين، فإن أبرءوه نفذت الوصية من التركة ، وقد خلصت من الدين ، وإن لم يبرئوه سدد الدين ، وما بقى تنفذ منه الوصية فى دائرة الثلث ، أى ثلث الباقى ، بحيث لو تجاوزته لا ينفذ فى الزائد إلا بإجازة الورثة ،

شروط له الموصى وأحواله

٥٥م — ذكر القانون أحكام الموصى له فى موضوعين ، (أحدهما) فى الكلام فى شروط صحة الوصية ، (ثانيهما) بعنوان خاص للموصى له ، ونحن نتكلم على أحوال وشروط الموصى له المذكورة فى الموضوعين،فى موضع واحد ، للارتباط الواضح بين عناصر القول ، وذلك أقرب إلى التماسك العلمى .

ونبتدى بالكلام فى الشروط اللازمة فيه لتصح الوصية ، ولتستمر صحيحة ،وفى شروط نفاذها ، ثم نتكلم فى أحكام الموصى له،ذاكرين حكم كل حال على انفرادها .

٥٦ م — والذى يستخلص من مواد القانون التى تعرضت لبيان الشروط أن شروط صحة الوصية ، واستمرارها صحيحة هى :

(١) أن يكون الموصى له معلوماً ، معيناً بالتعيين بالإشارة أو الإسم ، كفلان ابن فلان ، أو جهة البر الفلانية ، أو حمل فلانة المستكن فى بطنها ، أو لهذا الشخص ، ويشير إليه ، وقد يكون إعلام الموصى له بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم ، أو طلبة الأزهر . أو القبيل ، كبنى تميم ، أو بنى فلان وهكذا ، ففى كل هذه الأحوال لايكون الموصى له معيناً بالتعيين ، بل هو معرف بالوصف .

وإذا كان الموصى له معرفاً بالوصف ، لايشترط وجوده وقت الوصية ، أما إذا كان معيناً بالتعيين فيشترط وجوده فى وقت الوصية ، ليستقيم القول ، فإن التعيين يقتضى الوجود ، حتى يوجه القول نحوه توجيها صحيحاً ، فإن غير الموجود لايصلح للتعيين ، وإن كان يصلح للتعريف [١] .

والمعروف بالجنس أو الوصف لايشترط وجوده عند الوصية، كما لا يشترط وجوده عند الموت، لأن الوصية للمعدوم مادام معرفاً تجوز ، كما سيتبين من أحكام الموصى .

٥٧م — هذا مايشترط فى الموصى له لتنشأ الوصية صحيحة ، ويشترط

---

(١) اشتملت المادة السادسة على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « يشترط فى الموصى له (١) أن يكون معلوماً (٢) وأن يكون موجوداً إذا كان معينا ، فان لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ، ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٢٠ » والمادة ٢٠ هى الخاصة بالقبول .

لاستمرارها صحيحة ألا يموت الموصى له المعين قبل موت الموصى .

ويشترط أيضاً ألا يقتل الموصى فإن قتله عمداً بطلت الوصية ، سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ، وسواء أكان فاعلا أصلياً ، أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى، ونفذ الحكم، وذلك بشروط ثلاثة فى القتل :

(١) أن يكون القتل عدواناً بلا حق ، فإن قتله قصاصاً بأمر من الحاكم ، فإن ذلك لا يعد مبطلا للوصية ، لأن الحاكم هو الذى قتله .

(١) أن يكون عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . فإن لم يكن عاقلا ، فقد سقط عنه التكليف ، فلا يتصور منه العدوان أو العمد ، وإن قصد من لم يبلغ من السن هذا الحد قصد غير كامل ، حتى تكون تبعته عليه كاملة .

(٣) ألا يكون القتل بعذر ، فإن كان بعذر كحال من يتجاوز حق الدفاع الشرعى وغير ذلك من الأعذار التى نص عليها فى قانون العقوبات المصرى لا تبطل، ومن ذلك قتل زوجته مع الزانى إذا فاجأهما ، ومن الأعذار الشرعية التى لم يتعرض لها قانون العقوبات ، أن تكون ذات الرحم زانية فيقتلها ؛ وإن هذا القتل لا يعد مانعاً من موانع الميراث بمقتضى أحكام الميراث ، والشرع ، فكذلك لا يعد مبطلا للوصية ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، وهما فى هذا متشابهان ، وذلك لأنه مع وجود العذر ، لا يتوافر العدوان الموجب للحرمان[1] ولم يعتبر القانون القتل الخطأ مبطلا للوصية، ويعتبر القتل مانعاً من نفاذ الوصية ولو أجازها الورثة على ما سنبين.

٥٨ م — ولم يشترط القانون لصحة الوصية ، اتحاذ الدين ، ولذلك تجوز وصية المسلم لغير المسلم ، كما تجوز وصية غير المسلم المسلم ، وكما تجوز وصية اليهودى للمسيحى ، وهكذا ، لأن الوصية صلة ، والصلة تجوز مع اختلاف الدين ؛ وأعمال البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة ؛ لأن الأديان ما حرمت التواصل والتراحم .

---

(١) اشتملت المادة ١٧ على هذه الأحكام ، ونصها : « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية ، أو الوصية الواجبة قتل الموصى ، أو المورث عمدا ، سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً ، أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ، ولا عذر وكان القاتل عاقلا ، بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

وكذلك لا يشترط اتحاد الدار بين المسلمين ، فالمسلم مهما تكن تبعيته تجوز وصية المسلم التابع لدولة أخرى له ، لأن الولاية الإسلامية واحدة وهى تثبت الرابطة بين المسلمين ، مهما تناءت ديارهم ، وتباعدت أقاليمهم ، وتخالفت دولهم ، فهم متحدو الولاية مع هذا الاختلاف . أما الوصية التى يكون فيها الموصى له غير مسلم، فان كان تابعا لبلد غير إسلامى تمنع شريعته الوصية لمثل الموصى ، أى أنه لو فرض العكس أى كان الموصى تابعا لهذه الدولة والموصى له تابعا لدولة إسلاميه فان أجازت حكومته مثل هذه الوصايا ولم تمنع قوانينها تنفيذها ، فكذلك نعاملها إذا كان الموصى منا ، والموصى له منهم .

والخلاصة أن الوصية مع اختلاف الجنسية تنفذ إذا كان البلدان إسلاميين ، ولو اختلف الدين ، لأنه لا اختلاف دار بين الدول الإسلامية ، وإن اختلفت الداران ، والموصى والموصى له كلاهما مسلم تنفذ الوصية لاتحاد الولاية ، وإن كان الموصى له مسلما تابعا لدولة أجنبية ، وكان الموصى ذميا ، كذلك تنفذ الوصية لاتحاد الدار باتحاد الولاية .

بقيت الصورة الرابعة ، وهى إذا كان الموصى له غير مسلم ، وكان تابعا لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا لغير رعاياها فهى صحيحة نافذة ، وإلا فهى غير نافذة ، سواء أكان الموصى مسلما أم غير مسلم ، وذلك للمعاملة بالمثل ، وتحقيق المساواة فى التعامل الدولى [1] .

ولم ينص القانون على وقت الحكم بعدم الصحة ، أهو وقت إنشاء الوصية ومعنى ذلك أن الوصية تنشأ باطلة فلا تصح ، ولو اختلفت رعوية الأجنبى بعد ذلك ، فتبع لدولة تنفذ الوصايا من رعاياها لغيرهم ؟ أم هو وقت الوفاة ، فالوصية ؟ تنشأ صحيحة ، ولكن عند تنفيذها بعد الوفاة ينظر ذلك النظر ؟ فان اختلفت

---

(١) هذا مما اشتملت عليه أحكام المادة التاسعة ، ونصها :

بصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامى ، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصيه لمثل الموصى والمراد من الملة فيما يظهر المذهب الدينى ، كالكاثوليكى والبروستانتى ، والأرثوذكسى الخ .

الحال عند الوفاة عن وقت الإنشاء كان الحكم تابعا لحال الوفاة .

لم يبين القانون ولا المذكرة الايضاحية ذلك ، والذى نراه أن الاعتبار باختلاف الدار هو وقت الوفاة ، لا وقت الانشاء ، وذلك لأمرين :

أحدهما أن قانون الوصية كقانون الميراث بالنسبة لاختلاف الدار ، فما أخذ به فى قانون الميراث هو ما أخذ به فى قانون الوصية ، والمعنى فى كليهما متحد ، ولما كان ذلك النظر لا يكون الميراث فى بداهه إلا وقت الوفاة ، فكذلك يكون فى الوصية وقت الوفاة ، والوصية أخت الميراث شرعاً ، إذ كلاهما الامتلاك فيه بالخلافة ، ولأن القصد ، وهو المعاملة بالمثل لا يكون إلا وقت الوفاة إذ أنه عسى أن تغير قانونها الذى كان وقت الانشاء ، فيكون حكم الوصية تابعاً لهذا التغيير .

ثانيهما — أن الفقهاء الذين استق القانون منهم أحكامه فى المنع يشبهون الوصية بالميراث ، من حيث إن اختلاف الدار مانع من موانع الأرث فيكون أيضاً مانعا من موانع جواز الوصية ، وذلك يقتضى أن يكون هذا النظر عند الوفاة لا عند الإنشاء .

٥٩ م — ولم يشترط القانون لنفاذ الوصية أن تكون لغير وارث ، بل أجاز الوصية لوارث ، كما تجوز لأجنبي ، وانها فى كليهما تتقيد بالثلث ، فالوصية للوارث وغير الوارث حكمهما واحد [1] ، ولعل هذا أشد ما جاء فى القانون مما جعل له خطراً ، نرجو أن تكون عقباه على الأسرة المصرية ليست سيئة بمقدار ما نتصور .

٦٠ — هذه أحكام القانون فى شروط الموصى له ، اشترط بعض الشروط التى كان ينص عليها الفقه الحنفى ، وأهمل بعض الشروط الأخرى ، ولم يسلك فى القتل مسلك الحنفى ؛ فلم يعتبر المباشرة هى المبطلة للوصية ؛ ولو كان القتل خطأ يعذر فيه القاتل ، بل اعتبر قصد العدوان وهكذا ، ونريد أن نبين المصادر الفقهية لما خالف فيه الفقه الحنفى ، ليمكن الرجوع إليها فى توضيح مبهمه ، وتفصيل

(١) هذا مما اشتملت عليه المادة ٣٧ ونصها : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره . تنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

مجملة ، واستخراج حكم مالم ينص عليه . مما له صلة بهذه الأحكام .

أما القسم الذى أخذ من مذهب أبى حنيفة ، فهو الخاص بمعلومية الموصى له ، ووجوده إذا كان معيناً بالتعيين . وأما إذا كان غير معين بالتعين ، فذلك سنفصل أحكامه عند الكلام فى الوصية لما يحصون ومالا يحصون ، والجهات وغيرها .

وهنا نريد أن نتكلم فى المصادر الفقهية لحكم الموصى له القاتل ، واختلاف الدين أو الدار ، والوصية للوارث .

٦١ — قد أخذ للقانون أحكام الوصية الخاصة بمنع القاتل من الاستحقاق من مذاهب مختلفة ، فأخذ برأى أبى يوسف فى اعتبار القتل مانعاً من الاستحقاق مطلقاً ، سواء أجاز الورثة أم لم يجيزوا ، وحد سن المؤاخذة بالقتل أخذ فى الجملة من مذهب الحنفية والشافعية ، والقتل بالتسبب الذى يشمل شهادة الزور التى تؤدى إلى القتل من مذهب أحمد ، وكون القتل بغير حق وبغير عذر أخذ من مذهب أبى يوسف وسائر الأئمة ، وهكذا أخذت سائر أحكام هذه المادة من القانون من عدة مذاهب مختلفة ، وأدمج بعضها فى بعض ، وكان منها ذلك المجموع المتناسب الذى جاءت به المادة .

هذا موجز لمصدر القانون الفقهى ، ولنفصل بعض التفصيل آراء الفقهاء ليتجلى فقه المسألة .

وأقوال الفقهاء تنحصر من أول الأمر فى أربعة :

أولها — استحقاق القاتل للوصية ، سواء أكان القتل عمداً أم كان خطأ وهذا قول مالك ، وأحد قولى الشافعى ، وحجته أن الوصية تمليك كالهبة والقتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية .

ثانيها — بطلان الوصية بالقتل أجازها الورثة أو لم يجيزوها ، للأثر الصحيح « ليس للقاتل وصية » ولأنه تعجل الأمر قبل أوانه ، ولأن الغرض من الوصية ثبت بطلانه ، وهو الصلة والمعروف بين الموصى والموصى له ، ولأن الوصية كالميراث ، وقد منع القتل فيه من غير نظر إلى إجازة الورثة ، فيمنع هنا ، ولأن القتل

بغير حق أكبر جناية إنسانية ، فاستحقت الزجر بالحرمان المطلق من الوصية كما استحقت الحرمان من الميراث . وبهذا أخذ القانون .

ثالثها — أن القتل يمنع الاستحقاق إلا إذا أجاز الورثة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن امتناع الجواز لحق الورثة ، إذ هم الذين يتأذون بأخذ القاتل للوصية . ولأن القاتل الموصى له ، كالوارث الموصى له ، وقد نفذت الإجازة الوصية فى الحالة الثانية فتجوز فى الأولى ، وتنفذها .

رابعها — أن الوصية إن حصلت بعد الجرح الذى أفضى إلى الموت صحت ونفذت فى دائرة الثلث الذى هو النصاب العام ، وإن كانت الوصية قبل ذلك بطلت بالقتل ، وهذا رأى فى مذهب الإمام أحمد ، وهو تفصيل حسن ، لأن منع الوصية كان لحق الموصى أولا وبالذات ، فإذا كان قد أوصى ، أو أكد وصيته بعد أن نزل بجسمه سبب الموت من يد ذلك الأثيم ، فقد وضحت إرادته للوصية مع هذا الإثم ، فكان جواز تنفيذها تحقيقاً لإرادته .

هذا حكم الوصية للقاتل فى المذاهب المختلفة ، وقد علمت أن القانون اختار رأى أبى يوسف ، ولا مانع من أن نقول إن عبارة القانون لا ترفض ذلك التفصيل الحسن الذى جاء فى القول الرابع ، من حيث أن المادة مفروضة فى أن القتل طرأ على الوصية ، فإن كان سبب القتل مقدماً على الوصية ، فمن تحقيق إرادة الموصى تنفيذها ، إن ثبتت إرادته الكاملة ، ولكن المذكرة التفسيرية قررت أن القتل يبطل الوصية سواء أكان قبلها أم كان بعدها ولو أجازها الموصى بعد القتل وقبل الموت .

ولكن ما هو القتل الذى يبطل الوصية ؟ قال الحنفية إنه القتل المباشر خطأ أو عمداً ، وقال بعض الشافعية إنه القتل العدوان سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ولا مانع من أن نقول إن القانون قد أخذ حقيقة القتل المبطل الوصية من تعريف القتل المانع من الميراث ، وقد أخذ هذا من مذهب مالك وأحمد رضى الله عنهما ؛ إذ هما اللذان اعتبرا القتل العدوان بكل صوره مانعاً ، ولا يعتبر القتل الخطأ مانعاً من الميراث عندهما ؛ إذ هو لم يقصد القتل ، وقد عوقب على تقصيره بالدية ، ولا يمنع

من الميراث ولا الوصية ؛ إذ هو ما قصد التعجيل الآثم ، ولا ارتكب العدوان المبطل ، ويدخل فى القتل العدوان الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة[1] والشاهد .

وقد اتفق الفقهاء على أمرين : (أولهما) أن القتل بحق لا يمنع نفاذ الوصية كالقتل قصاصاً أو دفاعاً عن النفس إن تعين الإنقاذ بذلك ، أو القتل حداً ، أو قتل العادل مورثه الباغى ، وقال الطرفان مثل ذلك قتل الباغى مورثه العادل ، لأنه فى زعمه غير عادل ، وهو محاسب بزعمه ، ولكن رأى أبى يوسف فى هذا أمثل .

الأمر الثانى — أن العقل إذا فقد ، أو غاب لعارض ، لا يعتبر القتل فى هذه الحال ، وكذلك إذا كان هناك عذر فى القتل كقتل من يفاجئه مع أهله ؛ أو قتل ذات رحم محرم منه ، إن تيقن زناها ، يسقط معنى الإثم فلا يكون الحرمان ، أو كان غير بالغ .

وقد أخذ فى البلوغ بمذهب الصاحبين وهو خمس عشرة سنة .

وقد سلك فى تفسير الأعذار المسلك القريب من قانون العقوبات مع المقررات الشرعية ؛ فى المواد ٦١ ، ٦٢ ، ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ولا شك أن ذلك يجعل انسجاماً بين قوانين الدولة المختلفة ، وليس فيه بعد عن الفقه ، بل هو متلاق معه .

٦٢ — وفقهاء المذهب الحنفى الذى يعتبر الأصل فى العمل - على أن اختلاف الدين لا يمنع الوصية ، وقد أجمعوا على ذلك ، أما اختلاف الدار ، فقد اختلفوا فيه ، أهو مانع من الوصية أم غير مانع ، والأصل الذى انشعب منه الحكم هو أن الصلات تجوز بين المسلم والحربى إن جمعتهما رحم واصلة ، فإن اختلاف الدار لا يمنع صلة الرحم ، وقد بعث النبى ﷺ خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا ، وأمر بدفع ذلك إلى أبى سفيان بن حرب ، وصفوان بن أمية ليفرقاها ، ثم إن صلة الرحم واجبة فى كل وقت ، ومحمودة عند كل عاقل ، والإهداء من مكارم الأخلاق ، وقد قال النبى ﷺ بعثت لأتمم مكارم الأخلاق .

---

(١) الربيئة هو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل ليمنع الناس أن يشاهدوه ، فيقبضوا على الجناة أو يمنعوهم .

هذا أصل مقرر ، ولكن اختلف بعد ذلك فقهاء المذهب الحنفى وأئمته فى جواز الوصية للحربى ، فأجازها بعضهم ، لأنها صلة والصلات مباحة ، وكذلك تكون الوصايا ، ومنعها بعضهم ؛ لأن الحربى مباح الدم ، فهو فى حكم الميت كالمرتد ، فلا تصح الوصية له .

وقد اختلف النقل أيضاً عن الأئمة الأولين للمذهب الحنفى ، فقد ذكر فى الأصل ، وفى الجامع الصغير ، أنه لا يجوز ، وقال السرخسى فى شرح السير الكبير : « لا بأس أن يبر الرجل المسلم المشرك قريباً كان أو بعيداً حربياً كان أو ولياً ، ففهم من هذا الجواز » .

وقد قال الزيلعى فى وجه التوفيق بين هذه الروايات المختلفة : « إنه لا ينبغى أن يوصى لهم ، وإن فعل ثبت الملك لهم ؛ لأنهم من أهل الملك والمستأمن كالذمى فى حق الوصية ، لأن له أن يملكه المال حال حياته ، فكذا مضافاً إلى ما بعد مماته »[1] .

وأقوال الفقهاء الغالبة على أن الوصية جائزة للحربى المستأمن أى الذى يقيم ببلاد المسلمين لأمد معلوم مع بقاء ولايته لغيرهم . أما غير المستأمن فلا تجوز الوصية له ، وقد روى عن أبى يوسف وأبى حنيفة عدم جوازها المستأمن ، وقد رأيت أن الزيلعى يفسر عدم الجواز بأنه لا ينبغى ، ولكن الملكية تثبت ، إذ كل قواعد الملكية ثابتة .

وقد فصل القانون تفصيلا حسنا ، فأخذ فى الوصية لغير المسلم الذى لا ينتمى إلى دولة إسلامية بمبدأ معاملة المثل ، فأجاز الوصية إذا كانت دولة الموصى له تجيز مثلها ، ومنعها إن لم تجز مثلها ، وأخذ فى المنع برأى المانعين لاختلاف الدار ، وقد روى هذا كما علمت عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وسار على المنع بعض الفقهاء .

٦٣ — أما إجازة الوصية لوارث ، وجعلها كوصية الأجنبى ، فهذا هو المبدأ الخطير الذى استحدث فى قوانين الدولة المصرية ، ويكاد يكون انقلاباً

---

(١) شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٤ .

فى التوريث الإسلامى ، لأن أساس التوريث الإسلامى تقسيم الشارع للتركة بين الورثة ، وقد أعطى المورث الثلث يعطيه من شاء من غير الورثة ، فإذا جاء المورث وأعطى هذا ومنع بعطائه ذلك ، فقد غاير قسمة الشارع ، وزاد بعض الأنصبة ونقص أخرى .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية التى صحبت إنشاء القانون فى أولى مراحله عند عرضه على مجلسى الأمة أن القانون اعتمد على ما يأتى :

(١) الآية الكريمة وهى قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » .

(٢) قول بعض المفسرين إن الوصية للوارث نافذة ، وذكرت أن منهم أبا مسلم الأصفهانى .

(٣) أن بعض الفقهاء من غير المذاهب الأربعة نفذوا الوصية لوارث من غير إجازة الورثة . (٤) أن الناس قد احتاجوا للوصية لوارث .

هذا خلاصة ما ذكرته المذكرة التفسيرية .

أما اعتمادها على الآية الكريمة ، فهو منضم إلى قول بعض المفسرين الذين اعتمدوا عليهم ، إن الوصية للوارث جائزة نافذة .

ونحن نسلم أن بعض المفسرين ، قد اعتبروا الآية غير منسوخة ، ولكن حاولوا التوفيق بينها وبين آية المواريث ، ومن هؤلاء أبو مسلم الأصفهانى ، وقد أخطأ كاتبو المذكرة التفسيرية فى زعمهم أن أبا مسلم رأيه إجازة الوصية لوارث ، بل هو فقط قال إن الآية غير منسوخة ، لأنه قرر أن لا نسخ فى كتاب الله تعالى قط [١] .

---

(١) قد حرر الفخر الرازى فى التفسير الكبير رأى أبى مسلم فقال بعد أن ذكر بعض العلماء قالوا إنها منسوخة : « ومنهم من قال إنها ماصارت منسوخة ، وهذا اختيار أبى مسلم الأصفهانى ، وتقرير قوله من وجوه : (أحدها) أن هذه الآية ماهى مخالفة لآية المواريث ، ومعناها كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى: يوصيكم الله فى أولادكم، أى كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتوفيز ما أوصى الله به لهم عليهم ، وألا ينقص من أنصبائهم . =

ومع أننا نمنع نسبة نفاذ الوصية للوارث من غير إجازة الورثة إلى أبى مسلم نقول إن بعض مفسرى السلف[1] ذكروا جوازها إذا كان هذا الوارث أحوج من غيره ، والآية تشير إليه ، لأنها اشترطت لنفاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف لإثم ، إذ قال تعالى بعد آية الوصية . « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » ولقد ذكر ذلك القول الزمخشرى فى الكشاف ، فقال : « وقيل لم تنسخ الآية ، والوارث يجمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين » .

ومن الحق أن نقرر أنه وإن كان قد ذكر ذلك الرأى فى كتب التفسير ، هو رأى مغمور ، وليس بمشهور ، والعمل على غيره فى جماعة المسلمين من أقدم العصور أى منذ عهد الخلفاء الراشدين إلى يوليه سنة ١٩٤٦ ، أى حتى أحدثت مصر ما أحدثت من ذلك .

هذان هما الأمران الأولان، أما الأمر الثالث،وهو قول بعض الفقهاء من غير

= (وثانيها) أنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء مع ثبوت الوصية بالميراث، عطية من الله تعالى والوصية عطية ممن حضره الموت ، فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين.

(وثالثها) لو قدرنا حصول المنافاة لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية ، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين ثم آية المواريث تخرج القريب الوارث ، ويبقى القريب الذى لا يكون وارثاداخلا تحت حكم هذه الآية . وذلك لأن من الوالدين من يرث ، ومنهم من لا يرث وذلك بسبب اختلاف الدين . . ومن الأقارب الذين لا يسقطون فى فريضة من لا يرث ، ومنهم من يسقط فى حال، ويثبت فى حال .. فكل من كان من هؤلاء وارثا لم تجز الوصية له ، ومن لم يكن وارثا جازت الوصية له .. فهذا تقرير مذهب أبى مسلم فى هذا الباب » .

(١) قد حكى الأستاذ الشيخ محمد عبده هذا القول، فقال « وجوز بعض السلف الوصية للوارث نفسه بأن يخص بها من يراه أحوج من الورثة كأن يكون بعضهم غنيا ، والبعض الآخر فقيراً . . فنحن نرى أن الحكيم الخبير اللطيف بعباده الذى وضع الشريعة والأحكام لمصلحة خلقه لا يحتم أن يساوى الغنى الفقير ، والقادر على الكسب من يعجز عنه ، فاذا كان قد وضع أحكام المواريث العادلة على أساس التساوى بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية فى الحاجة ، كما أنهم سواء فى القرابة ، فلا غرو أن يجعل أمر الوصية مقدما على الميراث ، أو يجعل نفاذ هذا مشروطاً بنفاذ ذلك قبله .

أصحاب المذاهب الأربعة ،فلم تذكر المذكرة من هم ، ولا ندرى لأى سبب لم تذكرهم، ولاشك أنهم معروفون عند كاتبيها ، وهم بعض أئمة الشيعة الأمامية الاثنا عشرية ، والاسماعيلية ، والهادى والناصر وأبوطالب وأبو العباس من الأئمة الزيدية ، وقد احتج أولئك بهذه الآية ، وبزيادة ظنوها صحيحة فى قوله ﷺ : « ولاتجوز الوصية لوارث بأكثر من الثلث » وهذه الزيادة لم يقبلها علماء الحديث ، بل لم يقبلها أحد من محدثى الجماعة ، وإقحامها فى القول واضح ، لأن منع الوصية بأكثر من الثلث لايختص به الوارث ، بل يعم الوارث والأجنبى .

وحجة الجماعة قائمة وهى قوله ﷺ : « إن الله أعطى كل ذى حق ، فلاوصية لوارث » وهوحديث آحاد ، ولكن تلقاه التابعون وعلماء الأنصار جميعاً بالقبول فكان هذا إجماعاً على صحته ، وهو يتفق مع آية المواريث ، ولا منافاة بين الآية الكريمة الخاصة بالوصية وآية المواريث ، بل لامنافاة بينها وبين الحديث ، والجمع ممكن ، لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث ، بل أجازت الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ، وليس متعيناً أن يكونوا ورثة .

وقد قال المغنى فى هذا المقام : « إن النبى ﷺ قد منع إعطاء بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك ، وإمكان العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففى حال موته، أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتعذر العدل بينهم أولى وأحرى ».

وأما الوجه الرابع ، وهو حاجة الناس إلى ذلك ، فلم تبين المذكرة وجه الحاجة .

ولقد نقدنا هذا الجزء من القانون ، وهو مشروع[1] وخلاصة ما وجهناه إليه:

(١) أن القانون فى هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور إلى اليوم من غير حاجة واضحة إلى هذه المخالفة .

وأن هذه المخالفة تنتهى إلى مخالفة قسمة الله العادلة فى المواريث من غير مبرر وقد يقول قائل إنه قد توجد الحاجة إلى تخصيص بعض الورثة بأكثر من نصيبه ،

(١) راجع مجلة القانون والإقتصاد السنة الثالثة عشرة الأعداد الثالث والرابع والخامس.

لأن حاجته أشد ، وقد كنا نسوغ هذا مع أنه غير الأولى لأنه بدعة لو اقتصر المشروع على الحاجة ، بأن يجعل للورثة حق الاعتراض على الوصية ، إذا لم تكون ثمة حاجة بينة للموصى له بينهم.

(٢) أن هذا الجزء من القانون يثير البغضاء بين آحاد الأسرة ، لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا مثل ما نال ذو الحظوة ، وإنه لن يكون سبيل عـــدل ، بل سيكون فى أكثر أحواله لغير العدل ، ولغير ذى الحاجة ، واعتبر ذلك بالأوقاف التى استخدمت لمحاباة بعض الورثة ، أو العقود التى كانت فى حقيقتها وصايا ، وفى مظاهر من البيوع . فأكثرها لم تدفع إليه الحاجة عند المختص بالخير ، بل المحبة الجامحة ، والأثرة الظالمة ، وإن كان قليل منها لذى الحاجة فى الغالب يجيز الورثة ولا يمتنعون .

(٣) أنه بإضافة هذا الجزء من القانون إلى ما اشتمل عليه قانون الوقف من إجازة حرمان غير الزوجين والأبوين والأولاد ، يكون الميراث الذى قرره الله للأخوة وسائر العصبات قد ألغى أو أهمل [1] . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

٦٤ — هذا وقبل أن نترك ذلك الجزء من القانون ننبه إلى أمر ، هو أن القانون المدنى القديم قد اشتمل فى بعض أحكامه على قيود خاصة ببيع المريض لوارث ، فالمادة ٢٥٤ منعت نفاذ البيع لوارث إلا بإجازة الورثة ، وهذا نصها : « لاينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو حالة مرض الموت لأحد الورثة إلا إذا أجازه باقى الورثة » .

وقد كانت هذه المادة لحماية قانون الميراث القائم عند شرعها . وقد كان لايجيز محاباة الوارث ، ولا الوصية له ، ولا تخصيصه بعين من أمواله ، ولو بطريق البيع بمثل القيمة » .

---

(١) بالغاء الوقف الأهلى بالقانونين رقم ١٨٠ ، ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ قد ألغى ذلك التخصيص والحمد لله رب العالمين .

وإذا كان ذلك هو الغرض فقد تغير الوضع الآن ، وأصبح للمريض مرض الموت أن يوصى بثلث ماله للوارث ، فيجوز بالأولى أن يبيع له ، بشرط ألا تزيد المحاباة فى الثمن عن الثلث ، وبذلك كانت هذه المادة فى حكم الملغاة أو المنسوخة ، واكتفى بما يليها ، على أن تعم أحكامها الوارث وغير الوارث .

ولما جاء القانون المدنى الجديد ربط بين تصرف المريض مرض الموت والوصية وما أتى به قانونها من أحكام جديدة ، وقد بينت بذلك المادة ٩١٥و٩١٦و٩١٧ .

وإن أحكام تصرفات المريض مرض الموت كلها التى كانت تقيده ، لمصلحة الورثة ، منعاً لإيثار بعضهم على بعض أصبحت بعد صدور قانون الوصية مطلقة من هذه القيود ، فكفالة المريض مرض الموت لوارثه ، وكفالته عن وارثه مطلقة فى حدود الثلث ، وقد كانت من قبل مقيدة باعتبارها تبرعاً فى مرض الموت للوارث ، وكذلك هباته فى مرض موته لأحد ورثته ، فهى الآن مطلقة غير مقيده إلا بالثلث ، وكذلك إقراره وهو مريض .

وذلك لأن كل التصرفات كان أساسها أن الوارث لايجوز تخصيصه فى مرض الموت بجزء من المال أكثر من نصيبه ، إلا إذا أجاز الورثة ، والآن وقد جازت الوصية للوارث بالثلث ، وكل تبرع فى مرض الموت يأخذ حكم الوصية فى مآله ، فهو جائز بجوازها ، وغير ممنوع بعد قانون الوصية .

ولقد كان الانسجام القانونى يوجب على مقترحى ذلك القانون ، وقد قرروا ذلك ، أن يضيفوا مادة أو مواد تبين إلغاء هذه الأحكام وأشباهها مما كان مبنيا على اعتبار أن الوارث لاتجوز له الوصية ، لكيلا يكون ثمة التباس فى إلغائها ولكيلا يقع خطأ فى تطبيقها ، والله سبحانه وتعالى هو المستعان .

الوصية للجهات[1]

٦٥م — يصح أن يكون الموصى له جهة من الجهـــات ، فتصح الوصية لأماكن العبادات ، والمنشآت الخيرية ، كالمصالح والملاجىء وجهات البر بشكل عام ، كما تصح الوصية لمعاهد العلم والجامعات والمكاتب العامة ، وغيرها مما يكون خيرها عائداً على كافة الناس ، بل تصح الوصية لله تعالى أو لأعمال البر والنفع العام بيان جهة خاصة من وجوهه ، وتصرف فى أى وجه من وجوه البر والنفع العام والمصالح العامة ، كمصلحة الكيمياء أو إدارة المرور ونحو ذلك .

ولايشترط إذا عين جهة من الجهات ، أن تكون موجودة فى الحال ، مادامت ستوجد فى المستقبل ؛ ولو بعد وفاة الموصى ، وذلك يسير على مبدأ جواز الوصية للمعدوم الذى أخذ من مذهب مالك رضى الله عنه ، فإن وجدت الجهة صرفت إليها الغلات أو اختصت بالعين على حسب الموصى به ، فإن لم توجد وتعذر وجودها بطلت الوصية ، لتعذر وجود الموصى له .

والصرف على الجهات يكون على حسب شرط الموصى المفهوم من عبارته بالدلالة اللغوية أو العرفية ، مالم يكن الشرط من الشروط غير المعتبرة فى نظر القانون . فان لم يعين الموصى طريقا للصرف صرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها ، وكل مصرف يعد من الشئون المتعلقة بها ، والصرف فيه صرف لها .

ويلاحظ أمران : (أولها) ، أن الوصية للجهات تعم الوصية لها بالتمليك

---

(١) بيان الوصية للجهات اشتملت عليه المادتان السابعة والثامنة ، وهما :

المادة ٧ — تصح الوصية لأماكن العبادة ، والمؤسسات الخيرية ، وغيرها من جهات البر ، والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها، وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة وتصبح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة ، وتصرف فى وجوه البر .

المادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ، فان تعذر وجودها بطلت الوصية .

التام أى ملك العين والمنفعة كالوصية بالتمليك لمعهد من معاهـــد العلم ، تـكون الملـكية باعتباره شخصا معنويا يقبل التمليك ، وقد تـكون الوصية بالمنافع على وجه الدوام ، أو على وجه التأقيت بعدد معين من السنين ، وتـكون الوصية فى هذه الحال كالوقف ، أو تخرج تخريجه .

(الأمر الثانى) الذى يلاحظ أن القانون فى المواد التى ذكرت صحة الوصية للجهات قد ذكرتها بوصف البر، أو الخير، أو النفع العام، وهذه الأوصاف تشير إلى أن الجهة تـكون قربة، والصرف إليها يعد صدقة مبرورة وصاحبها يكون مأجورا.

وإذا كان القانون لم يذكر الجهات إلا موصوفة بذلك الوصف ، فهل هو يعتبر ذلك الوصف شرط صحة ، فلا تصح الوصية للجهات إلا إذا كانت قربة .

قد يفهم ذلك من القانون ، ولـكن الأولى بالفهم غيره ؛ لأن المـادة ذكرت ذلك للجواز والصحة لا لمنع غيره ، فمن أوصى لجهة من الجهات المالية التى خصصت لنوع من أنواع الاستغلال ليس فى المـادة ما يدل على البطلان ، وإنما البطلان يؤخذ من المبادىء العامة التى قررها القانون ، وهى أن الوصية لا تبطل إلا إذ كانت معصية فى الاسلام ، ودين الموصى ، فما لم تـكن معصية فالوصية لها ــ ولو كانت جهة ــ صحيحة لأن الوصية بالمعروف الذى لا منكر فيه وصية فى ذاتها صحيحة ، فلا مانع من أن يكون الموصى له جهة للاستغلال ، من شخص أسندت إليه هذه الجهة خدمة يصح أن تـكافأ عليها ، ولم يجد سبيلا للمكافأة إلا الوصية لها .

٦٦ ــ والوصية للجهات كالمساجد والقناطر والجسور والمدارس، والمَصَحّ والملاجىء جائزة عند الفقهاء جميعا كما تدل على ذلك الفروع الـكثيرة للمذاهب الإسلامية المختلفة، وإن عبارات الفقهاء صريحة فى جواز الوصية بصرف الغلات لمنافع هذه الجهات ، وكذلك إذا أوصى بأن يصرف مقدار من المال لمنافع هذه الجهات .

أما تمليـكها العين فان ذلك يحتاج إلى نظر، فانهم قد ذكروا أنه إذا قال أوصيت لمسجد كذا ــ أن أبا حنيفة قال إن الوصية تـكون باطلة، لأن المسجد ليس أهلا

للتمليك ، وهذه وصية بالتمليك ، وقال محمد تصح الوصية ،ويصرف الموصى به فى مصالح المسجد أو الجهة الموصى لها بالعين [1] .

وانه على مقتضى التصوير الفقهى فى عصورنا الحديثة الذى جعل للجهات شخصية معنوية تصلح للامتلاك والتمليك . وقد دفعهم إلى ذلك كثره المؤسسات الخيرية والشركات الاستغلالية — تكون الوصية للجهات صحيحة ، ولو كانت تمليك أعيان لها ، وينبغى أن يكون ذلك قول أبى حنيفة ؛ لأن علة المنع عدم قبولها للامتلاك ، وهى الآن قابلة للامتلاك ، كالأشخاص الحقيقيين .

والوصية لجهة غير موجودة وقت الوفاء ، وستوجد مأخوذة من مذهب مالك رضى الله عنه ، إذ يجيز الوصية للمعدوم ، كما سنبين إن شاء الله تعالى .

الوصية للمعدوم [2]

٦٧ م — أجاز القانون الوصية للمعدوم ، وهو من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد فى المستقبل ، سواء أوجد عند الوفاة ، أم لم يوجد إلا بعدها ، وقد يحصل اليأس من وجوده بعدها ، كأن يوصى لمن يولد

---

(١) قد وجد فى المدونة مايفيد أنه إذا أوصى لمسجد ، فان العين تكون وقفا على المسجد ، فقد جاء فى بيان من يوصى لمسجد وبوصايا أخرى لغيره : « ماصار للمسجدمن ذلك فى الخاصة وقف فيستصبح منه . . قال سحنون وكذلك كل ما كان إلى الناس بغير أجل » المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٥١ .

(٢) بيان أحكام الموصى له إذا كان معدوماً جاء فى المواد ٢٦،٢٧،٢٨ ، وهذا نصها:

المادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، فان لم يوجدأحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا للورثة ، وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر ، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه .

لفلان ، ولم يكن له ولد عند الإنشاء ، ولم يولد له ولد عند الوفاة ، أو ولد له ولد ومات ، أو حصل اليأس من أن يكون له ولد بعد الوفاة ، إذ يموت عقيما ، فقد أجاز القانون إنشاء الوصية مع كل هذه الفروض ، وإن كانت فى الحال الأخيرة تنشأ صحيحة ، ولكنها تنتهى بالبطلان لتعذر وجود من يستحقها ، كبطلان الوصية للموصى له المعين الموجود ، إذا مات قبل الموصى ، فإن الوصية نشأت صحيحة ، ثم بطلت لتعذر تنفيذها . والوصية كما تصح للمعدوم منفرداً بها ؛ تصح له مع موجود ، كأن يقول أو صيت لأولاد فلان الذين ينتسبون إليه فى الحال والاستقبال فإنه يدخل فى الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت إنشاء الوصية ، ومن يكونون بعد ذلك .

وقد أجاز القانون الوصية بالأعيان ، أو المنافع ، والوصية بالأولى تمليك تام عند توافر شروط الوصية ، والثانية تمليك ناقص .

والأحكام الخاصة بالوصية للمعدوم تقوم على أصول ثلاثة ، ومنها تفرعت الأحكام وهذه هى الأصول وفروعها :

الأصل الأول — أن الملكية التامة لا تنتقل إلى الموصى لهم إلا عند وجودهم بالوصف الذى ذكره الموصى ، وعدم إمكان دخول غيرهم ، فإذا قال أوصيت بهذه العين لمن يولد لمحمد ، ومات الموصى ، ومحمد له ولد واحد ، لا تكون له ملكية العين ، بل له غلتها ، فإن وجد آخر شركه فيها ، وإن وجد ثالث اشترك معهما ،

= المادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة بالمنافع وحدها ، ولم يوجد أحد منهم عند وفاة الموصى أو بعدها كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى ، أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ترد العين لورثة الموصى .

المادة ٢٨ — إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها ، إلا إذا دلت عبارة الموصى ، أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، وفى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقى لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

وهكذا ، حتى يموت محمد ، فعندئذ تكون ملكية العين والرقبة للموصى لهم ، وقبل ذلك ملكية الرقبة تكون الورثة ، وإذا لم يوجد مصرف للغلة كانت لهم أيضاً ، ولذلك إذا مات الموصى ، وليس لمحمد ولد تكون الغلة للورثة ، حتى يوجد له أولاد ، وهكذا كلما كانت الغلة لا مصرف لها فى وقت وجود الرقبة فى ملكهم، فالغلة بالتبع للرقبة . وإذا آلت ملكية الرقبة والمنافع للموصى لهم ، فان من يموت منهم يكون نصيبه لورثته ، وكذلك مات قبل ذلك فى حياة محمد ، فإنه عندما تئول الأعيان نهائياً لأولاده تقسم بين الأولاد الأحياء ، ومن ماتوا ، ويأخذ ورثة المتوفى مايخصه من غلات فى حياة محمد ويكون لورثتهم ماخصهم ، ولأجل كمال الفائدة تنقل ماجاء بالمذكرة التفسيرية فى هذا وهو ، « وإن كانت الوصية لمن يمكن حصرهم ، سواء أذكرهم الموصى بلفظ يدل على أنهم لم يوجدوا ، كالوصية لمن سيوجد لفلان ، أو لمن يكون فقيراً منهم ، ولم يكن منهم فقير حين الوصية أم ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ، ومن لم يوجد كالوصية لأولاد زيد ، أو لطلبة العلم منهم ، فالغلة قبل وجود أحد تكون ملكا لورثة الموصى . وعند اليأس من وجود أحد يكون الأصل والغلة لهم ، إلا إذا كان الموصى فى الوصية بالغلة قد جعلها لموصى له آخر فتكون له » .

وإن كان أحد منهم موجوداً حين موت الموصى أو وجد بعد ذلك استحق الغلة إلى أن يوجد غيره فيشاركه فيها ، وهكذا كلما وجد واحد اشترك مع من يكون موجوداً وقت الغلة .

وعند اليأس من تزايد أحد فى الوصية بالأعيان تقسم العين الموصى بها بين الموصى لهم الأحياء منهم والأموات ، ويقسم نصيب من مات بين ورثته قسمة الميراث ، وفى الوصية بالمنافع يستبد الموجودون بالغلة إلى أن ينقرضوا ؛ فتكون بعد ذلك العين والغلة لورثة الموصى إن لم يكن موصى بها لآخر ، فتكون له .

وإذا انقرض الموصى لهم قبل اليأس من وجود غيرهم تكون الغلة لورثة الموصى ، حتى يوجد أحد فيستحق الغلة .

وإذا لم يوجد إلا واحد عند وجود العلة ، أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة فى الوصية بالمنفعة ، واستحق العين الموصى بها فى الوصية بالأعيان، وهذا إذا لم يوجد نص أو قرينه تدل على أن الموصى قصد بوصيته متعدداً ، ففى هذه الحال يأخذ الموصى له حصته من الوصية » .

الأصل الثانى — أنه إذا كانت الوصية بالمنافع للمعدوم الذى سيوجد فان ملكية الرقبة تكون للورثة دائماً ، وليس للموصى لهم إلا المنفعة ، كما هو الشأن فى الوصية بالمنافع ، فان ملكية الرقبة فيها فى مدة تنفيذ الوصية تكون للورثة ، والوصية بالمنافع للمحصورين تكون مؤقتة دائماً ، إما بحياتهم ، وإما بالوقت الذى يعينه الموصى ، وإن قدر زمناً معلوماً ، فان الوصية تنتهى بانتهاء ذلك الزمن .

ويترتب على اعتبار ملكية الرقبة ثابتة لورثة الموصى دائماً ، أنه إذا لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت الوفاة تكون الغلة لهم ، فان وجد واحد من الموصى لهم استحق الغلة ، فان وجد آخر اشترك معه ، وهكذا ، حتى يكون اليأس من وجود غيرهم ، فإنها تكون لهم مدة حياتهم ، فاذا انقرضوا جميعاً ، ولم يكن الموصى جعل الغلة من بعدهم لأحد غيرهم ، فان الغلة تئول إلى من لهم ملكية الرقبة ، وهم الورثة ، وإذا انقرض بعضهم فان القانون لم يصرح بحكمه ، ولكنه يفهم مما ذكره بعد ذلك ، فانه إذا كان الإسم ينطبق على الباقين يأخذون الغلة ، وهكذا ، حتى ينقرضوا ، فتئول الغلة بعد ذلك إلى الورثة ، وإن كان الاسم لا ينطبق على الباقين ، أو قيد الموصى بقيد يفهم منه أنه لا يأخذ الغلة كلها إلا عدد معين ، فأن الباقين يأخذون ما يستحقون بمقتضى الشرط ، والباقى يكون للورثة ، وهكذا حتى ينقرض الجميع .

الأصل الثالث — أنه يلاحظ عند تنفيذ الوصية لفظ الموصى ، والقرائن اللفظية والعرفية التى قارنت إنشاء الوصية ، من حيث اعتبار الواحد مستحقاً لكل الموصى به ، أو بعضه ، فإنه إذا كان اللفظ يدل على أن الواحد ينفرد بكل الموصى به ، ولم يكن إلا واحد أخذ الموصى به كله فى الدائرة التى بيناها ، وإن كان اللفظ

يدل على شرط التعدد لاستحقاق الكل ، كأن قال أوصيت لمن يولد لفلان يأخذ الاثنان كل العين ، ومن دونهما يأخذ بمقدار هذه النسبة لا يستحق الكل إلا اثنان أو أكثر ، وحيث لايتوافر الشرط ، يأخذ الموجودون مايستحقون والباقى يكون للورثة أيا كان الاستحقاق غلة فقط أو غلة ورقبة على حسب الأحوال المبينة فى الأصلين السابقين .

٦٨ م — هذه خلاصة أحكام الوصية بالمنافع والأعيان للمعدوم ، إنما يلاحظ فى المنافع أمران — أحدهما — أن تكون الوصية بالمنافع غير متجاوزة الطبقتين على ماسنبين فى بيان أحكام الوصية بالمنافع ، وفى أحكام الوصايا بها التى تكون لطبقات ، ولذلك فضل بيان فى موضعه .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع قد تكون لغير المحصورين الذين لا ينقطعون غالباً ، ولا تكون المنافع فيها قابلة حينئذ لأن تعود إلى الورثة ، لأنهم فى الغالب لا ينتهون ، وكذلك الحكم إذا اشترك مع الموصى له المعدوم موصى له غير محصور ، وسنبين قريباً الوصية لغير المحصورين ، وأحكام القانون فيها .

٦٩ — ولننتقل بعد ذلك إلى بيان المصدر الفقهى لذلك الجزء فى القانون وإنه مذهب مالك المتسع الرحاب ، ولقد قالت المذكرة التفسيرية فى المواد المتعلقة بذلك : « اشتملت هذه المواد على أحكام جديدة مأخوذة من مذهب الإمام مالك بقصد التوسعة على الناس ، لأنه لا يشترط فى مذهبه وجود الموصى له وقت موت الموصى ، خلافاً لمذهب الحنفية ، فإنه يشترط فيه ذلك » .

ولنبين بعض البيان مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك فى هذا المقام .

اتفق فقهاء المذهب الحنفى على أن الموصى له إذا كان غير معين بالإسم أو الإشارة ، بل معروفاً بالوصف لايجب أن يكون موجوداً وقت الوصية ، بل يجب وجوده وقت الوفاة ، وإن كان معيناً بالإسم أو الإشارة ، فقد يفهم من كلام الكاسانى فى البدائع عند الكلام فى الحل أن فى المسألة روايتين ، إذ قد قال : إذا قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة ـ فإنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً فى البطن صحت الوصية ، وإلا فلا ، وإنما يعلم ذلك ولدت لأقل من ستة أشهر

ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى فى ظاهر الرواية ، وعند الطحاوى رحمه الله من وقت الوصية ، وجه ماذكر الطحاوى رحمه الله أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده ، ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفاذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت ، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت » .

وإن هذا الكلام فيه شيء من الغرابة ، أو على التحقيق فيما يسند إلى ظاهر الرواية شيء من الغرابة ، لأن رواية الطحاوى واضحة ، إذ أنه ما دام معيناً بالإشارة أو بالنسبة إلى أمه فى وقت الوصية ، يجب أن يكون موجوداً فى ذلك الوقت ، لتصح العبارة ، وكذلك كل معين بالتعيين ، وعلى ذلك يجب حمل ما جاء فى ظاهر الرواية على الحمل الذى يكون فى ضمن المعرفين بالوصف لا بالتعيين .

ومهما يكن من القول فى المعين بالتعيين ، فإن المعرف بالوصف يشترط وجوده وقت الوفاة ، لأن الملك بالوصية كالملك بالميراث ، وشرط الميراث تحقق وجود الوارث وقت وفاة المورث ، كذلك شرط نفاذ الوصية تحقق وجود الموصى له وقت وفاة الموصى .

٧٠ — أما مذهب مالك ، وهو المصدر الفقهى للقانون فى هذا الموضع ، فإنه تجوز الوصية للمعدوم ، بل يجوز الوصية للميت فى الأقوال المشهورة عنده ، إن علم الموصى بموته وقت الوصية ، ويصرف الشيء الموصى به فى أداء ديونه ، وإن لم يكن عليه دين كان الموصى به لوارثه ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية لاستحالة تنفيذها ، ولا تعطى لبيت المال ، لأنه ما قصد الإعطاء له ، إنما قصد الإعطاء للميت ، ومعناه الإعطاء لشخصه بوفاء دينه ، أو الإعطاء لأقاربه الوارثين ، وإن كان الموصى لا يعلم وقت الوصية بموت الموصى له لا تصح ، لأن الظاهر أنه قصد الوصية له شخصياً بفرض حياته .

ووافق جمهور الفقهاء فى بطلان الوصية للميت من المالكية محمد بن عبد الحكم وحجته معهم أن الميت ليس أهلا للتمليك ، ولكن المالكية لا يجعلون القواعد حائلا بينهم وبين المصالح ، ولذلك يقضون بما فيه المصلحة ، ولو خالف القواعد

والمصلحة هنا فى تنفيذ الوصية ، إذ تتحقق مصلحة الموصى ، فلا يهدر قوله ، ومصلحة الموصى له بسداد ديونه ، وإعطاء ورثته ، وذلك توجيه لكلام العاقل نحو غرض صحيح مقصود .

٧١ — والوصية للمعدوم الذى سيوجد صحيحة نافذة بالاتفاق فى المذهب المالكى ، سواء أوجد وقت الوفاة أم لم يوجد إلا بعدها ، وخالفه الحنفية ، فاشترطوا الوجود وقت الوفاة كما ذكرنا لكى تكون الملكية للموصى له بالخلافة عن الموصى ، ولكن المالكية لا يستمسكون بالقواعد إن عارضت المقاصد والمصالح ، والمصلحة فى تنفيذ الوصية ، فلا يمنع تنفيذها قاعدة .

فإن كان الموصى له موجوداً وقت الوفاة ، ولم يكن ثمة احتمال لوجود غيره ممن يشمله الوصف ، فإن الموصى به ، يكون له بالملكية التامة إن كان عيناً ، وبالملكية الناقصة إن كان منفعة ، وإن لم يكن قد وجد وقت الوفاة أحد انتظر ، فإن حصل يأس من الولادة ، بأن مات عقيما بطلت الوصية ، وإن ولد له ولد استحق الغلة من وقت ولادته فقط على المشهور ، والغلة فيما بين الوفاة ، وولادته تكون للورثة ، لأن الرقبة على ملكهم ، ولوكانت الوصية بالعين ، وقيل إنه يستحق الغلة من وقت الوفاة ، لأنها هى والعين تكون موقوفة حتى يولد ، فإن ولد أخذ الغلة .

وأخذ القانون بالأول ، وإن وجد ثان شارك إلى أن يحصل اليأس من وجود غيرهم ، فتكون ملكية العين لهم ، وتورث عنهم إن كان الوصية بالعين ، وإن كان بالمنفعة لا يكون لهم غيرها ، وإذا انقرضوا انتقلت إلى الورثة الذين يملكون الرقبة .

ولا شك أن توسعة المالكية فى فتح باب الوصية هو الذى يتفق مع المصلحة والفقه ، لأن الوصية من عمل المعروف ، وعمل المعروف يتوسع فيه بما لا يتوسع فى غيره ، ولأن الوصية كالوقف ، وقد جاز الوقف على من سيوجد ، فتجوز الوصية أيضاً ، ولأن الفقهاء جميعاً أجازوا فيها ما لم يجيزوا فى غيرها ، فأجازوا الوصية بالمجهول ، والمعدوم الذى سيوجد عند الوفاة ، فتسامح الفقهاء جميعاً فى القواعد بشأنها ، فكان من الواجب التوسعة أيضاً بإجازة الوصية للمعدوم الذى سيوجد ،

الوصية للحمل[1]

٧٢م — والحمل له شبه بالمعدوم الذى سيوجد، ولذلك نذكره عقبه.

أجمع الفقهاء على جواز الوصية للحمل المستكن، وإن اختلفوا فى الهبة له، ووجه الفرق بين الهبة والوصية فى هذا أن الهبة تمليك فى الحال، فيقتضى وجود المملك فى الحال على وجه اليقين، والهبة عند أكثر الفقهاء لاتتم إلا بالقبض، ولايوجد من يقبض عن الجنين، لعدم ثبوت الولاية عليه، وهو جنين، أما الوصية فهى تمليك مضاف إلى مابعد الموت، فتنفيذها لايكون إلا بعده، فلا ضرورة لوجوده بيقين وقت الوصية، ولأن الوصيه كالميراث من حيث إن الملك فيها يثبت بالخلافة، والحمل يرث، فصح أن يوصى له.

ولكن الوصية للحمل توجب أن يثبت وجوده فى بطن أمه عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالتعيين، لأن الموصى له المعين يشترط وجوده وقت الوصية، ويجب أن يكون موصوفاً بالأوصاف الذى ذكرها الموصى، فان ذكر أن الوصية لحمل فلانة من فلان، فلابد لصحة الوصية من أن يثبت نسبه من فلان هذا، لأنه عرفه

---

(١) الوصية للحمل قد اشتملت على بيانها المادة ٣٥، ٣٦ من القانون، وهذا نصهما:

المادة ٣٥: تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية:

١ — إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية، وولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

٢ — إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين، ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة، فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوفاة أو الفرقة البائنة، وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين.

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

المادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل فى وقت واحد، أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى، إلا إذ نصت الوصية على خلاف ذلك وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية، وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان، وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع.

بهذه النسبة ، فيكون كمن يقول أوصيت لولد فلان ، فلابد من ثبوت نسبه منه .

وتأكد وجوده فى بطن أمه له طريقان : طريق التأكد الطبيعى ، وطريق التأكد الحكمى ، ولكل واحد منهما حال يثبت فيها .

فالتأكد الطبيعى ذكره القانون ، وهو أن يولدلسبعين يوماً ومائتى يوم (٢٧٠) على الأكثر من وقت الوصية ، ويكون إذا كانت الحامل زوجة أو معتدة من طلاق رجعى وقت الوصية ، ولم يكون فى عبارة الموصى ما يدل على إقراره بأن الحمل مستكن فى بطن أمه وقت إنشاء الوصية ، وإنما اعتبر التأكد الطبيعى بولادته لتسعه أشهر أى (٢٧٠) لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة ، ويندر أن يولد حياً لأقل من هذه المدة ، كما هو مجرى العادة عند سائر الناس .

واعتبر التأكد الحقيقى فى حال قيام الزوجية ، لأن القانون ليس له حكم بأمد معين أكثر من هذا ، حتى يعتبر الأخذ به لمدة عينها الشارع فى أحكام ثبوت النسب أو غيره ، وتعتبر الزوجية قائمة حكما فى حال الطلاق الرجعى ، ولذلك ألحق فى الوصية بقيام الزوجية ، وسنناقش ذلك .

والتأكد الحكمى يكون بولادنه فى المدة التى اعتبرها القانون المصرى أقصى مدة لوجود الحمل فى بطن أمه ، وهى خمسة وستون يوما وثلاثمائة ، وقد أخذ بهذه المدة فى حالين .

الحال الأولى — حال الاقرار بالحمل ، لأنه فى حال الإقرار يؤخذ المقر باقراره ، إلا إذا ثبت يقيناً كذبه فى هذا الإقرار ، وذلك يكون بولادته فى المدة التى اعتبرها الشارع أقصى مدة للحمل ، وهى (٣٦٥) أى سنة شمسية ، فما لم تلده لأكثر من هذا لايسوغ تكذيب المقر فى إقراره ، بل يؤخذ هو وورثته .

والحال الثانية — هى حال اعتداد الحامل من وفاة أو فرقة بائنة ، فان الحمل يدخل فى الوصية إذا ولدته لأقل من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج ، أو من وقت حدوث الفرقة، فانه فى هذه الحال تصح الوصية ، وإن ولدته لأكثر من تسعة شهور من وقت صدورها، وذلك لأن الشارع حكم بثبوت النسب فى هذه الحال إذا جاءت به

لهذه المدة ، ومعنى ذلك أنه حكم بأنه كان فى بطن أمه وقت الوفاة أو الفرقة ، فكان واجب التنسيق الفقهى أن يحكم بوجوده فى كل الأحوال ، ومنها حال الوصية .

وإنما جعل القانون المصرى أقصى مدة لثبوت الحمل هى ٣٦٥ أى سنة شمشية، لأن الأطباء قرروا أن الحمل لايمكن أن يستقر فى بطن أمه أكثر من خمسه وستين يوما وثلاثمائة ، وإن ذلك يتفق مع رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية فانه جعل أقصى مدة الحمل سنة ، وكذلك رأى بعض الحنابلة ، غير أن السنة تحتسب عند هؤلاء بالسنة الهلالية .

٧٣ — هذه هى المدة التى عينها القانون للتأكد من وجود الحمل فى بطن أمه وقت الوصية ، ويجب أن نشير هنا إلى أمرين :

الأمر الأول — أن القانون توهم عبارته أنها إن ولدت لأكثر من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج الذى تعتد من وفاته ، أو من وقت الفرقة البائنة التى تعتد منها ، ولكن أقل من تسعة أشهر من وقت الوصية أن الوصية لاتصح ، لأنها داخلة فى الحال الثانية فى المادة (٣٥) وهى تمنع الصحة ، ولكن المنطق يوجب أن تصح الوصية مادام لم يذكر أن الحمل لابد أن يكون من الزوج ، لوجود التأكد الطبيعى ، وهو وجوده فى بطن أمه وقت الوصية ، وروح القانون يؤدى إلى ذلك ، وإن كانت النصوص لاتسعف به ، وذلك لأن الأصل فى ثبوت وجود الحمل فى بطن أمه ، أن يلاحظ فيه الطبيعة والفطرة ، وكانت زيادة المدة إلى (٣٦٥) على خلاف الأصل من غير أن تمحوه ، وتزيل اعتباره ، وذلك لصدور الاقرار ، والحكم بثبوت النسب ، وعلى ذلك يكون تقدير مدة أطول غير ملغ لاعتبار المدة القصيرة ، فاذا ولدته لأكثر من ٣٦٥ من وقت الوفاة أو الفرقة ، ولكن لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية تعتبر الوصية صحيحة ، إلا إذا ربط الموصى الوصية بثبوت النسب ، فانها حينئذ لاتصح ، لأنه أوصى للحمل على اعتبار نسبه ، ولايثبت قضاء من المطاق أو الميت بعد هذه المدة .

الأمر الثانى — أن الوصية خالفت الميراث فى الحمل بالنسبة لولادته فى حال

اعتدادها من الفرقة بطلاق رجعى ، فقانون الوصية يعتبر الوصية صحيحة إذا جاءت لتسعة أشهر من وقت الوصية لا أكثر ، بينما قانون الميراث جعلها كالمعتدة من فرقة بائنة أو وفاة ، وقانون الميراث يسير مع أحكام ثبوت النسب إذا أتت به لأكثر من (٣٦٥) يوم ، فإذا لوحظ فيها التأكد الحكمى يكون الانسجام القانونى ثابتاً ، إذ يحكم بوجوده فى بطن أمه فى حال النسب ، ويحكم به فى حال الميراث ، بلا فرق فرق بينهما .

أما فى الوصية فقد كان التخالف واضحا ، إذ أنه قد حكم بوجوده فى بطن أمه فى حال النسب ، بينما لم يحكم بذلك فى حال الوصية ، وذلك تفارق لايسوغ فى قوانين الدولة الواحدة ، وفى موضع واحد .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر فى هذه القوانين الثلاثة : النسب ، والميراث والوصية ، إما بجعل المدة تسعة أشهر فى الثلاثة ، بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعى أو (٣٦٥) فى الوصية أيضاً .

٧٤ — ولقد قرر القانون احتمال ولادة أكثر من ولد فى حمل واحد، فى وقت واحد أو فى وقتين مختلفين بينهما زمن يدل على أنهما توءمان، وهو أقل من ستة أشهر .

فرض القانون ذلك ، فقرر أنه إن ولد أحدهما حيا ، والآخر ميتا كان الموصى به كله للحى ، وإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوى ، إلا إذا كان للموصى نص فى مثل هذه الحال ، فانه يتبع نصه .

وإذا ولد أحدهما حياً ثم مات ، فإنه ينتقل مايستحق إلى ورثته ، لأنه مات بعد استحقاقه ، ودخول الموصى به فى ملكيته ، ويجب أن يفرض أن ذلك مشروط بقبول من تكون له الولاية ، لأن القبول شرط لثبوت الملكية فى الوصية ، وقد اشترط القانون القبول فى كل الوصايا ، ولم يستثن من ذلك الوصايا للحمل ، فانه جعل القبول لمن له الولاية على ماله بإذن من المجلس الحسبى ، فلكى نقول إن نصيب الحمل الذى يولد حياً ، ثم يموت — ينتقل إلى ورثته ، يجب أن نفرض أن الملكية انتقلت اليه ، فإن لم يكن القبول قد وجد ، فإن حق القبول والرفض ينتقل فى نصيبه إلى ورثته .

وهذا كله إذا كانت الوصية بالأعيان ، أما الوصية بالمنافع له ، فهى وصية بالمنفعة لمعين ، فتنتهى بموته ، لأن الوصية بالمنافع ، إن لم يكن لها شرط معلوم تنتهى بوفاة الموصى له بها .

٧٥ م — والظاهر من قانون الوصية كالظاهر من قانون الميراث ، أن شرط استحقاقه للموصى به ، ولادته كله حياً ، وتعلم حياته بحركة أو صوت ، من بكاء أو عطاس أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شيء بعد ذلك كان للقاضى أن يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته بعد ولادته ، واشتراط ولادته كله حياً لاستحقاق الميراث والوصية هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى ، وأحمد أما مذهب الحنفية فالشرط ولادة أكثره حياً ، لأن للأكثر حكم الكل .

وقد صرحت المذكرة بذلك فقالت ، مذهب الحنفية الذى جرى عليه العمل (من قبل) أنه يكفى فى حياة الحمل الموصى له أن يولد أكثره حياً ، وقد رئى من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب الشافعى الذى يشترط فى الحياة أن يولد الحمل ، وبه حياة مستقرة ، والحياة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق ، فإنه لم توجد هذه الأعراض ، رجع إلى رأى الأطباء الشرعيين من أن الجنين ولد حياً حياة يقينية » .

٧٦ — وأحكام الحمل أخذت فى الجزء السابق كما ترى من رأى الأئمة الثلاثة كما ذكرنا ، ومن رأى الشافعى خاصة ، كما ذكرت المذكرة التفسيرية ، فحق على الباحث أن يرجع إليه فى تفسير مبهمه ، وتفصيل مجمله .

وأما المدد فقد أخذ الحد بتسعة أشهر من مذهب أحمد بن حنبل ، وهو يتفق مع الأغلب الشائع الأعم ، وأخذ الحد بمدة سنة من رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية .

ولكن أخذ بالنظام الشمسى فى السنة ، للاحتياط للحمل ، وخولف بذلك الأصل الذى أخذ منه القانون ، فإن رأى ابن عبد الحكم هو الحد بسنة هلالية ، واعتبرت تسعة الأشهر بالأيام ، وخولف بذلك الأصل ؛ لأن تسعة الأشهر فى مذهب الإمام أحمد هى هلالية أيضاً .

وقد اشترط القانون الوصية للحمل إن ذكر أنه من فلان أن يثبت نسبه منه ، لا أن يثبت بمجرد العلوق ، وذلك لأنه قد يكون الحمل منه ، ولكن لا يثبت النسب ، لأنه إذا كان من زنى لا يثبت النسب ، فإذا أوصى لحمل فلانة من فلان ، وكان من زنى لا يثبت النسب ، فلا تثبت الوصية ، وهذا مذهب الشافعي ، وبه أخذ القانون.

هذا ويلاحظ أن الموصى إذا مات قبل أن تلد ، ولزمت الوصية للحمل بالقبول تكون الملكية موقوفة حتى يولد حيا ، فإن ولد ميتاً كانت لورثة الموصى وإن ولد حياً كانت له ، سواء أكانت الوصية بأعيان أم بمنافع ، وإن كانت بالأعيان تكون الغلات تابعة الأعيان ، فتكون موقوفة على ولادته حيا ، فإن ولد حياً ملكها ، وإلا كانت للورثة أيضا ، واستحقاقه للغلة على أنها من نماء الموصى به ، لا على أنها وصية ، كما هو مذهب القانون.

الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون[1]

٧٧ م — تجوز الوصية لمن يحصون ، سواء أعرفوا بأشخاصهم أم عرفوا

---

(١) بينت المواد ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ أحكام الوصية لهؤلاء بالنسبة لبطلانها فى بعضهم وأحكام من لا يحصون ، وهذا نصها.

المادة ٣٠ — تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار ، فان لم يوجد فهيئة التصرفات ، أو من تعينه لذلك.

المادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ، ولم يعينوا بأسمائهم ، وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقا للآخرين مع مراعاة المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩.

المادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة ، أو بين جماعة وجهة ، أو بينهم جميعا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ، ولكل جماعة غير محصورة سهم من الموصى به.

المادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة.

المادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ، ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية.

بأوصافهم ، وتجوز لمن لا يحصون ، ونريد أن نتكلم فى أحكام الوصايا للمحصورين وغير المحصورين لا من ناحية صحتها ، ولكن من حيث بيان من يستحقها من غير المحصورين ، ومآل الوصية للمحصورين أو الجهات ، إذا كان بعض من ذكروا ليس أهلا للملكية بالوصية عند الوفاة ، وكيف يكون الاستحقاق إذا تعددت الجهات .

وعلى ذلك نقول إن الموصى له من حيث الحصر والتعيين أقسام أربعة :

القسم الأول — موصى له غير محصور ، وهو من كان يزيد على مائة على حسب المعمول به الآن فى المحاكم الشرعية ، كأن يقول أوصيت للقبيل الفلانى ، وهم غير محصورين ، وحكم الوصية فى هذه الحال أنها جائزة ، سواء أكان لفظ الوصية يدل على معنى الحاجة ، أم لا يدل ، وإذا صحت لا تصرف للمحتاجين وغير المحتاجين ، بل تصرف إلى المحتاجين فقط،وذلك لأن الوصية عمل معروف والوصية لغير المحصورين يتعذر فيها ، أو يتعسر الصرف إليهم أجمعين ، فكان لا بد أن يصرف لبعضهم ، ولا وجه لترجيح فريق منهم على فريق إلا بالأمر الذى هو أقرب إلى معنى الوصية ، وهو القربة والمعروف والبر والخير ، وذلك إنما يكون بالصرف إلى المحتاجين فقط .

ولا يلزم أن يعم المحتاجين جميعاً ، ولا المساواة بينهم ، بل ذلك متروك لاجتهاد من له حق تنفيذ الوصية ، وهو الوصى المختار من الموصى إذا كان عين وصياً ، وخوله ذلك السلطان .

فان لم يكن الموصى عين وصياً ينفذ وصاياه ، فذلك يكون من اختصاص هيئة للتصرفات بالمحكمة الشرعية المختصة ، تنفذها بنفسها ، أو تعين من ينفذها [1] ويسلك فى التنفيذ سبيل المصلحة ، فيقدم شديد الحاجة على غيره ، وهكذا .

---

(١) هذا ما جاء بقانون الوصية ، وقد جاء بالقانون المدنى الجديد أنه فى حال إقامة مصف للتركة يتولى ذلك المصفى تنفيذ الوصايا كما جاء فى المادة — ٨٩٨ — فهل يعتبر الأمر فى هذه الحال ، كما إذا كان للتركة وصى مختار ولا يكون سلطان لهيئة التصرفات ؟ الظاهر ذلك ، وعلى هذا يكون سلطان الهيئة إن لم يكن وصى ولا مصف

القسم الثانى — المحصورون المعروفون بأوصافهم أو جنسهم ، كالمرضى من بنى فلان ، وكبنى فلان ، ولم يعرفوا بأسمائهم ، ولم يعينوا بأشخاصهم ، فالموصى به لهم أجمعين ، فان لم تتم الوصية لبعضهم كموته فى حياة الموصى ، أو عدم قبوله ، فان الموصى به يكون كله للباقين ما دام الاسم يطلق عليهم ، والوصف ثابتاً لهم وذلك لأن التعريف لم يكن بالشخص ، حتى يكون الموصى به مجزأ بينهم ، ويكون كل واحد منهم له قدر ثابت من الموصى به ، وكأن له وصية مستقلة ، بل الموصى به كله لكل من يطلق عليهم العنوان والوصف . فليس لواحد منهم قدر ثابت قائم بذاته ، فيكون كل الاستحقاق لكل من هو أهل له ويطلق الاسم عليه،وإذا مات واحد منهم بعد استحقاقه للوصية،ودخول ما أوصى به فى ملكيته تطبق الأحكام العامة للقانون فى هذا ، فإن كانت الوصية بملكية تامة استحقها ، انتقل نصيبه إلى ورثته لتعين نصيبه باستحقاقه لحصته من الأعيان الموصى بها ، فتنتقل إلى ورثته ، كما ينتقل كل ملك تام ، وإن كان الموصى به منفعة أو لم يكن قد استحق منه إلا المنفعة ،فان نصيب من يموت يكون لباقى من ينطبق عليه الوصف والعنوان ، لأنه لم تثبت فى المنافع حصص معينة ثابتة،والمنافع لا تنتقل بالوراثة، إذ الملكية فيها ناقصة ، وإذا كان الموصى لهم بالمنافع طبقات لا يأخذ الاستحقاق أكثر من طبقتين ، على ما هو مبين فى القانون ، وكما سنشير إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث — الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم.فإن بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم عند وفاة الموصى ، بأن مات قبله أو رد فبطلت الوصية له ، فإن نصيبه يكون للورثة ، لأن الوصية لهم مع تعينهم بالأسماء ، كأنها عدة وصايا ، ولكل منهم موصى به خاص ؛ وإن كان قدراً شائعاً مع غيره فى الكل ، فإذا بطلت الوصية فى حقه كان بطلانها مطلقاً غير قابل للتصحيح. فتكون لورثة الموصى

ويقارب المعين فى أحكامه وشروطه ما عدا شرط الوجود — الوصية للجهات، فإذا بطلت الوصية لجهة ، عادت إلى الورثة .

القسم الرابع — أن يكون الموصى له مجموعا مشتركا من قسمين من الأقسام السابقة أو منها كلها ، ولذلك صور .

الصورة الأولى — إذا أوصى لجماعة محصورة معرفة بالوصف والعنوان وجماعة معينين، وجهة، وجماعة غير محصورة، وكان الموصى به شيئاً واحداً، فاقتسامه بينهم أن يجعل للجهة سهم واحد، وللجماعة غير المحصورة سهم كذلك، وللجماعة المحصورة سهام بعدد رءوسهم، وللمعينين كذلك سهام بعدد رءوسهم، فإذا أوصى بضيعة قدرها خمسون فداناً — للجمعية الخيرية الإسلامية، ولفقراء الحرمين الشريفين، ولبنى أحمد، وعددهم الذين انتهوا إليه ستة، ولإبراهيم، وعلى، فإن الخمسين فداناً تقسم على عشرة؛ لأنه يكون للجمعية الخيرية سهم، ولفقراء الحرمين سهم، ولأولاد أحمد ستة، ولكل واحد من إبراهيم، وعلى سهم، فيكون المجموع عشرة، يخص كل منهم خمسة أفدنة.

وذلك لأن المحصورين عرف عددهم، وله نهاية لا يتجاوزها، فإذا انتهى إلى هذا العدد، كان اعتبار الرءوس ممكناً، والمعينون معتبرون بأشخاصهم، والجهات كل جهة كأنها رأس بذاته، وغير المحصورين لا يعرفون إلا بعنوانهم، فلا يمكن التوزيع على رءوسهم، فيجعل لهم سهم واحد.

وهذا هو الطريق الممكن للتقسيم مع عدم بيان أقدار معينة عند التوزيع، فإن بين نصيب كل قسم اتبع، وإن لم يبين اتبع ما بين آنفاً.

الصورة الثانية — أن يوصى لمعينين أو محصورين وجهة، فإنه فى هذه الحال يكون للمعينين أو المحصورين أسهم بعدد رءوسهم، وللجهة سهم واحد، وتعليل ذلك قد تبين آنفاً.

الصورة الثالثة — أن يوصى لمحصورين ومعينين، وتكون السهام بمقدار الرءوس فى الفريقين.

الصورة الرابعة — أن يكون لمحصورين أو معينين. وغير محصورين، ويفرض لغير المحصورين سهم، وللباقين بعد رءوسهم.

الصورة الخامسة — أن يكون الموصى له جهة، وجماعة غير محصورة فيكون لكل سهم واحد.

والخلاصة أنه يعتبر غير المحصورين مجتمعين موصى له واحداً، والجهة كذلك

وأما المحصورون عند تعين عددهم ، والمعينون فكل واحد منهم موصى له بالانفراد ، فعند القسمة يضرب كل موصى له بالانفراد على هذا الاعتبار بسهم .

ومن تبطل وصيته من هؤلاء الذين اعتبروا موصى لهم على سبيل التعيين ، يكون سهمه لورثة الموصى . فإذا بطل سهم الجهة كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد المعينين كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد الجماعة المحصورة التى عرفت بالعنوان والوصف يكون للباقين من جماعته على ماهو مبين فى الوصية للمحصورين ، وإذا بطلت الوصية للجماعة نفسها ، بأن قال لبنى فلان ورفضوا جميعاً ، فإن ما كان لهم من سهام بعدد رءوسهم يكون للورثة ، وإذا بطلت الوصية لجهة أو لشخص معين ، أو لبعض المعينين وآل نصيبه للورثة ، فإنهم يملكونه بمقتضى خلافتهم عن الموصى ووراثتهم .

ويلاحظ أنه إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ، ولم يجز الورثة ، وقسم الثلث بين الموصى لهم بنسبة حصصهم ، استحق الورثة حصة من بطلت وصيته من الجهات ، والأشخاص المعينين ؛ وهذا معنى ما جاء فى المادة ٣٤ من أن الورثة يحاصون أصحاب الوصايا بحصة من بطلت وصيته ، إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ؛ ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية خاصا بهذه المادة ما نصه :

« هذه المادة جديدة ، والقول بعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى يؤخذ من مذهب الشافعى ، والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب مالك ؛ فاذا أوصى لأخيه بربع تركته ، ولأولاد ابنه بالثمن ، وهم ثلاثة ، وللفقراء بثمن آخر ، فلم يجز الورثة الوصية بما زاد على الثلث ، ورد الأخ الوصية أومات قبل موت الموصى ؛ كان الثلث بين الوصايا بالمحاصة ، وحل ورثة الموصى محل الأخ فى وصيته ، وحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى ؛ وردوا من الثلث نصفه ؛ وهو قدر حصتهم » .

وذلك لأن الثلث سيقسم على أربعة ، إذ نسبة الربع إلى الثمن كنسبة ٢ إلى ١ وهنا ثمنان ؛ فتكون حصة الربع نصف الثلث .

٧٨ — هذه خلاصة أحكام القانون ، وتوضيح أقسامه فى هذا الجزء ، ولنتجه إلى ذكر مصادره الفقهية ، وأنه فى القسم الأول ، وهو الذى يكون الموصى

له فيه غير محصورين ، قد أخذ فى الجملة برأى مالك رضى الله عنه فى هذا ، وذاك لأنه يجيز الوصية لمن لا يحصى ، ولو لم يكن فى اللفظ ما ينبىء عن الحاجة ، وإن الوصى ينفذها بقدر اجتهاده وما يراه المصلحة ، لأن التعميم غير ممكن ، فيطرح ، وتلغى معه المساواة فى العطاء ، لأنه إذا لم يكن الاعطاء للجميع لازما ، فالمساواة غير لازمة ، إذ لا مساواة فى أصل الاعطاء ، فلا مساواة فى مقداره لمن يعطى فعلا.

ويقابل رأى المالكية هذا رأى الحنفية فانهم يرون أن الوصية لمن لا يحصون [1] تكون باطلة إلا إذا لوحظ معنى الحاجة ، وذلك لأن الوصية تمليك ، والذين لا يحصون مجهولون ، والتمليك لا يجوز من مجهول ، ولكن إذا كان فى لفظ الوصية ما ينبىء عن الحاجة صحت الوصية من حيث إنها صدقة ، والصدقة تكون تمليكا لوجه الله سبحانه وتعالى ، فلا يشترط فيها أن يكون هناك مملك من الناس معين أو محصور .

والقانون أجاز الوصية لمن لا يحصون من غير اشتراط أن يكون فى اللفظ ما ينبىء عن الاحتياج ، وهو فى هذا القدر أخذ بمذهب مالك ، ولم يترك لمنفذ الوصية ذلك الأمر مطلقا ، بل قيده بأن يصرف للمحتاجين وأطلق له الحرية فى اختيار أشخاص المحتاجين .

ونراه فى الواقع أطلق حرية الموصى فى الإنشاء إطلاق المذهب المالكى ، وقيد التنفيذ ، فجعله فى نطاق المذهب الحنفى ، فكأن القانون جعل لفظ الوصية إن كان لغير المحصورين متضمناً بحكم القانون معنى القربة والبر ، وإن لم يصرح بهما ، لأنه لا معنى للوصية لمن لا يحصون ، إلا أن يقصد بها البر والمعروف والخير ، ولا يكون ذلك إلا بأن يصرف للمحتاجين ممن ذكرهم .

ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن حكم هذه المادة العام ، وهو إجازة الوصية لمن لا يحصون من غير نص ينبىء عن الحاجة من مذهب مالك ، وتعيين المصرف للمحتاجين

---

(١) قال الكاسانى فى البدائع : « اختلف فى تفسير الاحصاء قال أبو يوسف إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون ، وقال محمد إن كانوا مائه فهم لا يحصون ، وقيل أن كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ، ويموت منهم ميت ، فهم لا يحصون ، وقيل يفوض إلى رأى القاضى » ج ٧ ص ٣٤٢ .

أخذ من القاعدة الشرعية العامة وهى التى تقرر أن لولى الأمر أن يعين جهة الصرف .
والحقيقة أنه لم يكن ثمة حاجة إلى الاعتماد على هذه القاعدة ، لأن فى مذهب مالك نفسه ما يشير إلى هذا ، ففى المدونة ما نصه : « أرأيت إن قال ثلث مالى لولد فلان ، وولد ذلك الرجل ذكور وإناث ؟ الذى سمعت من مالك أنه إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل ، أو على ولد ، ولده أو على ابن فلان قال ، فانه يؤثر به أهل الحاجة منهم فى السكنى والغلة ، وأما الوصايا فانى لا أقوم على حفظ قول فيها الساعة ، إلا أنى أراها بينهم بالسوية . »[1]
فمالك لم يحفظ له قول فى إيثار أهل الحاجة من الموصى لهم المعينين ، وأثر عنه فى الوصية بالحبس لهم أنه يؤثر أهل الحاجة ، ولم يرد ابن القاسم أن يقيس الوصية على الوقف ، ولو أننا قسنا ما باعدنا مذهب مالك ، وإن القياس يكون محكما لو قسنا الوصية لمن لا يحصون على الواقف ؛ لأن الذى منع ابن القاسم من القياس فيما يحصون أن الوصية تمليك عند الوفاة فهى لمعروفين معلومين ، أما الغلة فهى لمن يوجدون عند الغلة ، وقد يزيدون وينقصون ، فليسوا معلومين فصح أن يختار منهم المحتاجون دون سواهم ، ولأن الذين يحصون يقسم بينهم عموما بالسوية فى الوصية ؛ لأنهم معلومون ، أما من لا يحصون ، فلا يعطون جميعا ، فيمكن أن يخرج قول مالك فيهم كالوصية بالوقف ، ولأن الوصية بالمنافع لمن لا يحصون فى معنى الوقف تماما ، فاذا لم يكن لمالك قول فى الوصية فيهم ، وله قول فى الوقف ، فيخرج حكم الوصية لمن لا يحصون على حكم قوله فى الواقف ، لأنه عند تنفيذ الوصية كما هو عند إعطاء الغلة لا يعلم المستحقون .
ولذلك قال سحنون فى الوصية لمن لا يحصون : « إذا كانت الوصية لقوم مسمين أو على قوم مجهولين لا يعرف عددهم ، لكثرتهم ، مثل قوله على بنى زهرة ، أو على بنى تميم ، فان هذه الوصية لم يرد بها قوما بأعيانهم ، لأن ذلك مما لا يحصى ولا يعرف وإنما ذلك بمنزلة وصيته للمساكين ، فانما يكون لمن حضر القسمة . »[2]

---

(١) المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٧٢ .   (٢) المصدر السابق .

وفى الحق إن ما أخذ به القانون يتفق كله مع روح المذهبين الحنفى والمالكى، لأن الحنفى يصرف إلى المحتاجين ، ويشترط أن ينبىء لفظ الوصية عن الاحتياج ، والقانون اعتبر كل وصية لمن لا يحصون منبئة بذاتها عن الصرف إلى المحتاج ، لأن ذلك هو البر المقصود ، ولا يتصور سواه ، أما اتفاقه كله مع المذهب المالكى فللنص على الجواز ، وقياس الوصية فى الصرف للمحتاجين على الوقف .

٧٩ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية لغير المحصورين ننبه إلى أمرين :

أحدهما — أنه من المنصوص عليه فى الفقه الحنفى أنه فى الوصية لمن لا يحصون عند الصرف إلى المحتاجين يفضل اقارب الموصى إن تحقق فيهم ذلك الوصف ، لأنهم أولى ، ولأنها تكون صدقة وصلة رحم ، ولكنه إن صرف لغيرهم كان ذلك جائزاً سائغاً ، وإن كان غير الأولى .

وإنه إذا كان القانون لم يوجب الأولى ، وجب على هيئة التصرف أن تتبع الأولى عند تنفيذها هذا النوع من الوصايا .

الأمر الثانى — أن الوصية لمن لا يحصون إن كانت بالأموال، لا بالمنافع فإنها توزع على المحتاجين ، وتكون الملكية التامة ثابتة بقبضهم ، وإذا لم تكن الوصية بنقود مرسلة أو نحوها بل بغيرها بيع الموصى به ، ووزع الثمن على المحتاجين ، وإن كانت الوصية بالمنافع، فالمنصوص عليه فى الفقه الحنفى أن الوصية تخرج تخريج الوقف ، وبذلك تكون العين وقفاً ، لأن من لا يحصون لا ينتهون انتهاء قريباً غالباً ، فلا ينتظر انقطاعهم ، وتكون الوصية بالمنافع فى معنى حبس العين عليهم وذلك يتحقق على مذهب مالك أيضاً ، وهو يتفق مع روح القانون ولذلك لا مانع من أن نقول إن الوصية بالمنافع لمن لا يحصون تكون بعد الوفاة من قبيل الوقف ، وتسير عليها أحكام الأوقاف لجهات البر .

٨٠ — والأحكام الخاصة بالمحصورين المعروفين بالوصف من حيث إن الذين يثبت بطلان الوصية بالنسبة لهم لا ينقص من الوصية بقدرهم مادام الاسم ينطبق على الباقين ، والتعريف بالوصف فى الوصية يثبت لهم ـ هذه الأحكام تتفق فى جملتها

مع المذهبين الحنفى والمالكى ، لأن كلا المذهبين يقرر ذلك .

ولكن المذكرة الإيضاحية تذكر أنها أخذت ذلك من مذهب مالك رضى الله عنه ، وكان نصها على مذهب مالك ، مع أن هذا القدر من الأحكام يتفق مع مذهب أبى حنيفة ، وهو الأصل – لأن الوصية فيمن عرفوا بأوصافهم بشكل عام اعتمد فيها على مذهب مالك باطراد تقريباً ، إذ الوصية لمن يكون غير موجود وقت الوصية ولا وقت الوفاة ، ثم يوجد من بعد ذلك - جائزة ، وهى من مذهب مالك ، وهى فى أكثر ماتكون فى المعرفين بالأوصاف المحصورين ، وتفصيل ذلك بالمواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٩ معتمد فيه على ذلك المذهب ، فكان من المنطق أن ينص عليه فى كل فروع الوصية للمحصورين ، وإن اتفقت هذه الفروع أو بعضها ، مع مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، أو مذهب غيره .

٨١ – والأحكام الخاصة باجتماع الجهات والمعينين والمحصورين ، وغير المحصورين مأخوذة من المذهب الحنفى ، أو على التحرير مأخوذة من قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافاً لمحمد رضى الله عنه ، وذلك بالنسبة لغير المحصورين فإن الجهة تعتبر واحداً باتفاق ، أما غير المحصورين فاعتبارهم كشخص واحد موضع خلاف ، وأصل ذلك الخلاف أن الوصية للفقراء يجوز صرفها كلها لفقير واحد أو لا يجوز ؟ قال محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين منهم فصاعداً ، ولا يجوز أن يعطى واحداً إلا النصف ، وقال الشيخان يجوز أن يعطى لفقير واحد .

وحجة محمد أن ذكر من لا يحصون يكون بصيغة الجمع ، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة ، بيد أنه قام الدليل من الشارع على اعتبار الاثنين فى العدد كالجمع ، فالبنتان فى الميراث تأخذان الثلثين ، كالبنات ، والأختان الشقيقتان أو لأب تأخذان كذلك الثلثين كالأخوات ، واثنان من الأخوة ينقلان نصيب الأم من الثلث إلى السدس كالأخوة والأخوات ، وهكذا ، والوصيه أخت الميراث ، فلما كان أقل الجمع فيه اثنين ، كان أقل الجمع فيها كذلك .

ولأن معنى الجمع يدل على الاجتماع ، وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان .

وحجة الشيخين أن هذا النوع من الوصايا وصية بالصدقة ، وهى التزام بالمال حقا لله سبحانه وتعالى ، فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى ، وهو الصرف لجانب الله يتحقق به مقصد الوصية ، ومعناها فيصرف له ، فذكر الفقراء ، أو نحو ذلك لبيان جنس المصرف ، لا لبيان شموله ، إذا الشمول متعذر ، فلم يبق إلا اعتبار الجنس ، وذلك يتحقق بالصرف إلى واحد .

ولقد ترتب على هذا الخلاف أن كان ثمة خلاف فى حال اجتماع من لا يحصون مع غيرهم ، فاذا قال أوصيت بثلث مالى لزيد ، وخالد ، وإبراهيم ، وللفقراء من أهل القاهرة فعلى قول الشيخين يقسم الثلث أرباعا ، ربعه لزيد ، وربعه لخالد ، ولابراهيم الربع الثالث ، وللفقراء ربع ، لأنهم فرضوا واحدا ، وعلى قول محمد يفرض للفقراء سهمان ، لأنهم كشخصين على الأقل ، فيقسم الثلث أخماساً ، خمساه للفقراء .

وبعد هذا البيان نرى واضحاً أن القانون اعتمد على رأى الشيخين . لأنه عند الاجتماع اعتبر غير المحصورين واحدا ، وضرب لهم بسهم واحد .

٨٢ — ولقد قرر القانون أنه عند اجتماع الوصايا ، إذا بطلت الوصية لأحد الموصى لهم يكون نصيبه للورثة ، فلو قال أوصيت بثلث مالى لإبراهيم وعلى ، والجمعية الخيرية يكون لكل واحد ثلث الثلث فاذا رد ابراهيم الوصية أو مات قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وضم إلى حق الورثة ثلث الثلث . وهذا الرأى مأخوذ من مذهب الشافعى .

أما مذهب أبى حنيفة فقد اختلفت فيه الروايات ، واختلف فيه الرأى ، ومن المتفق عليه فى كل كتب المذهب أنه ليس فى كل احوال بطلان الوصية لموصى له يكون نصيبه للورثة ، بل فى بعض الأحوال دون بعضها ، واختلاف الروايات والأقوال إنما هو فى الضوابط الجامعة لها ، وأحسن ضابط ماجاء فى الدار المختار من أن من تبطل وصيته إذا كان قد دخل فى الوصية ثم خرج منها ، كمن يوصى له ثم يرد . فان نصيبه يذهب للورثة ، وان كان البطلان يقتضى أنه لم يدخل فى الوصية أصلا ،

كالوصية بالثلث لحمل فلان ، ولعلى ، فولد حمل فلانه ميتا ؛ لأن شرط صحة الوصية للحمل ولادته حيا — فان الثلث كله يكون للموصى له الثانى ، والفروع المترتبة على هذا كثيرة ، وهو ضابط مقبول .

ولكن ما العبره بوقت الدخول فى الوصية أهو حال الإيجاب أم حال الوفاة . قد ذكر فى التتار خانية أن الموصى له إن كان معينا بالتعيين أو الاسم كان وقت دخوله فى الوصية هو وقت الإيجاب ، وإن كان معروفا بالوصف أو القبيل فالاعتبار فى وقت دخوله بوقت الوفاة (١) .

هذه هى خلاصة الأقوال فى المذهب الحنفى ، ونرى منها أنه فى بعض الأحوال إذا بطلت الوصية لا يعود النصيب إلى الورثة ، وفى بعضها يعود ، ولكن القانون أخذ بقضية كلية عامة ، وهى عودة نصيب من تبطل وصيته إلى الورثة فى كل الأحوال إذا كان الموصى له معينا ، فكان لابد من مذهب يعتمد عليه فى هذا التعميم ، وقد وجد فى المذهب الشافعى متسعا لذلك ، فاعتمد .

٨٣ — وقد بينا فيما مضى أنه إذا كان الموصى لهم يحصون ومعهم جهة ، ومن لا يحصون ، كأن تكون الوصية على أولاد على ، والفقراء ومسجد من المساجد فإنه يجب تطبيق المواد ٢٦، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ مع المادة ٣٢ بألا تقسم الوصية قسمة نهائية ما دام على على قيد الحياة ، ويمكن أن يعقب أولادا ، بل تقسم الغلة إلى أن يحصل اليأس من أن يكون لعلى أولاد غير الموجودين ، فإن القسمة تصير نهائية ؛ وعلى ذلك لو كانت الوصية بالصورة السابقة ؛ ولعلى عند الوفاة ثلاثة أولاد ، فإن الغلة تقسم على خمسة ؛ ثلاثة الأولاد ؛ وسهم للفقراء ، وسهم للمسجد ، فإذا أعقب على ولدا رابعا قسمت غلة الثلث على ستة : للأولاد أربعة ، وللفقراء سهم ، وللمسجد سهم ؛ فإذا جاء سادس سار الحكم على ذلك المنوال حتى يحصل اليأس من أن يعقب على ، فتقسم الوصية على حسب العدد ، وفى هذه الحال تكون قسمة أعيان لا قسمة غلة ، ويكون لكل ولد من الأولاد سهم مهما يكن عددهم .

---

(١) راجع هذا فى شرح الدر المختار ، ورد المختار ج ٥

وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية ، فقد جاء فى التعليق على المادة ٣٢ ما نصه :

« هذه المادة جديدة وضعت لبيان نصيب الموصى به لكل معين أو جماعة محصورة أو غير محصورة ، أو جهة ، والحكم فى هذا وفق مذهب الحنفية .

١ — فلو أوصى لمعين مع قوم محصورين كالوصية لعبد الله وأولاد بكر كانت الوصية على عدد الرؤوس .

٢ — ولو أوصى لمعين وقوم غير محصورين ، أو جهة من جهات البر كان للمعين سهم ، ولغير المحصورين سهم ، ولجهة البر سهم وإن كان المعين متعددا كان لكل واحد سهم ، فلو أوصى لزيد وعمرو وعبد الله وفقراء مدينة الاسكندرية وملجأ العجزة كانت الوصية أخماساً ، لكل واحد من المعينين سهم ، وللفقراء سهم ، وللملجأ سهم .

٣ — ولو أوصى لجهة من جهات البر وقوم غير محصورين كان للجهة نصف الوصية ، والنصف الثانى لغير المحصورين .

٤ — ولو كان الموجود حين موت الموصى بعض من يحصون ، ويحتمل وجود غيره اتبع فى ذلك مانص عليه فى المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، كما إذا أوصى لزيد ، وولد عبد الله ، ومستشفى ، فكان الموجود عند وفاة الموصى زيداً ، وثلاثة من أولاد عبد الله ، فإن الغلة تقسيم على خمسة ، لزيد سهم ، ولكل واحد من أولاد عبد الله سهم ، وللمستشفى سهم ، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك مع من يكون موجوداً . وسبق أن ذكرنا أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية » .

الموصى به

١ ــ شروطه وأحواله

٨٣ م ــ تعرض القانون لشرط الموصى به وأحواله ، وأحكام كل حال في مواضع مختلفة ولسنا نريد أن نسلك في بيانه ترتيبه ، بل نجمع أحكامه وشروطه في موضع واحد ، كما فعلنا في الموصى له ، لأنها متصلة اتصالا منطقيا ، ولا يصح قطع هذا الوصل الفكرى بتوزيع بحوثه في مواضع مختلفة من القول .

ولقد تكلم القانون في مواضعه المختلفة في شروط الموصى به ، وبيانه ، وما يصلح أن يكون موصى به ، وما لا يصلح ، وأنواعه ، ومقداره المحدود الذى لا يحتاج إلى إجازة الورثة ولنبتدىء ببيان شروطه[1] .

لقد اشترط القانون لصحة الوصية في الموصى به ثلاثة شروط :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصلح محلا للتعاقد في حال الحياة .

(٢) وأن يكون متقوماً إذا كان مالا . (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى ، إن كان معيناً بالتعيين ، ولنفصل ذلك الإجمال .

الشرط الأول ــ أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث ، أى مما يصلح أن يكون تركة ، أو يكون مما يجرى فيه التعاقد حال حياة الموصى ، ولو لم يكن مما ينقل بالميراث ، كالمنافع عند الحنفية ، فإنها يصح أن تكون موصى به ، ولكنها لا تورث ، لأن ملك المنفعة ينتهى بموت المنتفع عند الحنفية ، ولذلك تنفسخ الإجارة بموت أحد العاقدين عندهم لأن المستأجر لم يملك المنفعة إلا ملكا مستمداً من ملك المؤجر ، فإذا مات انتهت ملكيته ، فسقطت ملكيته من يستمد منه ، والمستأجر إذا مات لا تنتقل ملكية المنافع إلى ورثته ، لأنها لا تورث كما بينا ، ولذا تبطل كل العقود على المنفعة بموت أحد العاقدين عند الحنفية كما نوهنا .

---

(١) تعرضت المادة العاشرة لبيان شروطه ، فقالت : « يشترط في الموصى به : (١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى (٢) وأن يكون متقدماً إذا كان مالا ، (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى إن كان معينا بالذات .

وعلى ذلك نقول أن الموصى به ، من حيث صلاحيته لأن يكون ميراثا قسمان : قسم يصلح لأن ينتقل بالميراث أو يصح أن يكون تركة ، كالأموال والحقوق التى تتعلق بأعيان الأموال ، كحقوق الارتفاق ونحوها ، وقسم لايكون من الحقوق التى تورث . ولكن تصح الوصية به ؛ لأنه يصح التعاقد عليه حال الحياة ، فيصح أن يوصى به بعد الوفاة ، لأن الوصية تصرف يلاحظ فيه التوسيع على الموصى ، لتسهل عليه أبواب البر والمعروف ، ، إذ هو غالب أحواله لايقصد به نفعاً شخصياً له ، وإذا كان الملاحظ فيه التوسعة على المتصرف ، فلا يصح أن يمنعه من التصرف بأمر كان يصلح للتعاقد عليه حال الحياة .

وعلى هذا يصح أن نقول كل ما يصلح أن يكون تركة يصلح أن يكون موصى به ، ولا عكس ، أى ليس كل ما يصلح أن يكون موصى به يصلح أن يكون تركة ، وهذا عند الحنفية .

٨٤ — ولكن ما الذى يصلح أن يكون تركة .

لم يبين القانون معنى التركة ، ولكن ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت هذا الشرط من مذهب الحنفية ، فحق علينا أن نعرف معنى التركة فى ذلك المذهب المتسع الأفق ، ثم نذكر مانختاره تفسيراً للقانون .

والتركة فى ذلك المذهب هى الأموال والحقوق العينية المتعلقة بالأموال ، وبعبارة أدق هى المال ، أو كل حق يمكن أن يعوض عنه بمال ، ولذلك تشمل التركة ثلاثه أنواع :

النوع الأول — الأموال بكل أنواعها من عقارات ومنقولات ، وقيميات ومثليات ، على اختلاف أنواع الانتفاع بها من عروض ، وحيوان ، وملابس ، ودور ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك ، أو تحت يد نائبه عن يده ، كيد المستأجر والمستعير ، أم ليست تحت يده كالأموال المغتصبة .

النوع الثانى — الأموال التى لم تدخل فى حيازته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها ، وإن لم يعين بذاته ، كحصته من الغنائم قبل قسمتها ، ونصيبه من غلات

الوقف التى استحقها فى حياته، ولم يتسلمها، والدين الذى له فى ذمة غيره.

وهذا القسم قريب من القسم الأول، ولكن يفرقه عنه أن الأول محوز فى يده، أو خرج من يده بيد معتدية، أما هذا فإن الحق المالى الثابت ليس محوزاً فى يده، بل هو حصة شائعة، لاتتقرر ملكيتها إلا بالقسمة فى بعضها، أو ليس لها وجود عينى كما فى الديون.

ويصح أن ندخله فى القسم الأول، ولكن نعممه، بأن نقول فيه: إنه الأموال المعينة، والشائعة، والحقوق المالية الثابتة فى ذمة الغير، فإن هذا كله يشمله كلمة مال، أو حق مالى.

القسم الثالث — الحقوق العينية التى ليست فى ذاتها أموالا، ولكن تقوم بمال أو تزيد فى قيمة العين، كحق الشرب، وحق المرور، وحق المسيل.

والشرب هو النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر، وحق المرور هو أن يكون للشخص الحق فى الوصول إلى عقاره، وحق المسيل هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة.

وقد نص فقهاء المذهب الحنفى على إرث هذه الحقوق، فقد جاء فى شرح الكنز للملاسكين مانصه: «ويورث الشرب، ويوصى بالانتفاع بعينه، ولا يباع، ولا يوهب وعلل الإرث الكاسانى فى البدائع بأن «الإرث لايقف على الملك لا محالة، يثبت فى حق الملك، كما يثبت فى الملك، كخيار العيب»

وينص الكاسانى على جواز الوصية به بقوله: «يوصى بالشرب، حتى لو أوصى لرجل بأن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية من الثلث، لأن الوصية تمليك بعد الموت،، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال، وإنما يملك بعد الموت، فأشبه الميراث، وإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية، حتى لاتصير ميراثا لورثة الموصى له، لأن الشرب ليس بعين مال، بل حق مالى، وشبه الخدمة، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له، ولا تصير ميراثا، فكذلك الوصية بالشرب»

ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ؛ لأنه لم يحتمل التمليك بالتصدق ، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت .

ومن هذا الكلام يتبين أن الوصية بحقوق الارتفاق جائزة عند الحنفية،لأنها يجرى فيها الارث ، فتجرى فيها الوصية ؛ إذ الوصية أخت الميراث ، ولكن الوصية بحقوق الارتفاق من قبيل الوصية بالمنفعة عند الكاسانى ، ولذلك تنتهى الوصية بموت الموصى له ، كما تنتهى الوصية بالمنفعة لشخص بموته .

٨٥ — ولكن القانون مع أن ظاهره يشير ، ومذكرته تصرح بأن معنى ما يجرى فيه الارث يعتمد فيه على مذهب أبى حنيفة جاء بأحكام أخرى تجعلنا نفهم أنه يضيف إلى ما جاء فى مذهب أبى حنيفة مما يجرى فيه الارث أموراً استحسنها فى مذهب مالك والشافعى رضى الله عنهما ، فجعل الوصية فيها جائزة ، ولذلك نص على جواز الوصية بكل الحقوق التى تنتقل بالارث ، وبحق الخلو ، وبحق المنفعة الذى يملكه المستأجر [1] . أى أنه إذا كان شخص قد استأجر أرضاً زراعية لمدة ثلاث سنوات مثلا ، ومضى منها سنة ، ثم اشرف على الموت يجوز أن يوصى بالسنتين الباقيتين لغيره ، وهذا يسير على مقتضى مذهب الشافعى، فان المنافع تورث عنه ، بينما الحنفية يقولون إن المنافع لا تورث ، بل تنتهى ملكيتها بوفاة أحد العاقدين على ما بينا .

ولقد عمم القانون فى الحقوق التى تنتقل بالميراث ، وجوز الوصية بها ، وذكرها بتعريف شامل ، وهى الحقوق التى تنتقل بالارث ، فشملت حقوق الارتفاق وغيرها .

ولكن هل نتقيد فى تفسيرها بالمذهب الحنفى ، كما جاء فى الفقرة الأولى من المادة العاشرة ، التى قالت المذكرة التفسيرية فى بيانها إنها جميعها مأخوذة من ذلك المذهب وقد فسرنا معنى ما يجرى فيه الارث بمعنى التركة فى المذهب الحنفى ؟

---

(١) هذا ما أشتملت عليه المادة ١١ ونصها : « تصح الوصية بالخلو ، وبالحقوق التى تنتقل بالارث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر » .

الظاهر من سياق ألفاظ القانون والمذكرة ذلك ، فنفسر الحقوق التى يجرى فيها الارث بالتفسير الحنفى ، ونضيف إليه ما نص القانون على إضافته وهو الخلو ، والمنفعة التى يملكها المستأجر . وإن فسرنا ذلك التفسير كان القانون فى أحكامه ، متفقاً مع ما جاء فى المذكرة التفسيرية فى بيان المادة العاشرة مبيناً لمصدرها الفقهى .

ولكن المذكرة التفسيرية جاءت ، وذكرت أن حق التعلى تجوز الوصية به (المادة ١١) وأن ذلك مأخوذ من مذهب مالك ، وأنه ليس فى المادة الحادية عشرة نص على حق التعلى ، بل المذكرة هى التى فسرت الحقوق التى تنتقل بالارث بتفسير عام يشمله ثم ذكرت أنه مذهب مالك،فهى غير متناسقةبعضها مع بعض.

ويجب أن تقول فى تفسير التركة ، إن معنى التركة ، وما يورث من الحقوق يترك تفسيره للقانون المدنى الذى يقرر الحقوق المالية ومداها ، وكونها تورث أولا تورث ، ويكون تفسير كلمة ما يجرى فيه الارث التى جاء بالمادة العاشرة ، وكلمة الحقوق التى تنتقل بالارث التى جاءت بالمادة الحادية عشرة تسير على ما تقضى به أحكام القانون المدنى للأموال والحقوق،وكونها تورث أولا تورث.

وإن ذلك التفسير يؤدى إلى أمرين : — أحدهما التناسق القانونى فى أحكام الأموال ،فإن حكم انتقالها بالميراث يؤخذ من القانون الذى يقرر الحقوق ويثبتها ، وحكم النقل وطريقه ، وتوزيعها بين المستحقين يكون من الشريعة التى ترك لها أمر توزيع التركة بالميراث والوصية معاً .

الأمر الثانى — أن القانون يكون فيه مرونة ،إذ يتسع لكل مايثبته القانون المدنى فى القابل من حقوق تورث أولا تورث ، فتصح الوصية بها إن كانت تورث ، ولا تصح الوصية فيها إن منع ميراثها .

وعلى ذلك يكون حق التعلى مما تصح الوصية به ما دام القانون المدنى يسوغ توريثه ، ويكون موافقاً للمذهب المالكى ، كما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وإن ذلك التفسير هو ما نميل إليه ، ونختاره .

٨٦ — هذا هو الشرط الأول من شروط الموصى به ، وقبل أن نترك الكلام فيه نذكر أمرين لا بد من بيانهما :

(أولهما) أن تصح الوصية بحقوق الارتفاق غير تابعة للعقار ما دامت لمالك أرض ينتفع بها ، ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية بيان لذلك ، فقد قالت : « وجواز الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل يؤخذ من مذهب الحنفية ، ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق إلا تبعاً للأرض الموصى بها ، أو لمالك أرض تنتفع بها » .

ومن هذا الكلام يستفاد أن الوصية بحقوق العقار تكون تابعة للوصية بالعقار نفسه ، أو وصية لصاحب عقار آخر يمكنه أن ينتفع بذلك الارتفاق . والصورة الأولى لا تعتبر وصية بالارتفاق ، بل تعتبر وصية بالعقار ، ولكن يدخل الارتفاق بالتبع ، كما يدخل البناء ، وكل ما يتصل بالأرض اتصال قرار أو من غير قرار ، عند وقفها ، أو للوصية بها من غير نص عليها أو بنص .

وإنما الذى يفرد بالذكر هو الوصية بالارتفاق نفسه منفرداً عن العقار التابع له ، وفى هذه الحال تكون الوصية بانتفاع لصاحب العقار الذى ينتفع به ، وهل يكون له ذلك الارتفاق ما دام حياً ، ولا يكون تابعاً لعقاره ، كسائر الوصية بالمنافع ؟

لقد صرح بذلك فى البدائع فيما نقلنا لك ، وعلى هذا التخريج لا يعد فى نظرى ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب أو المسيل مثلا بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل ملك المنفعة الخالص ، لأن ما يملكه ليس حقاً مقرراً لعقاره على العقار الآخر ، بحيث ينتقل مع العقار ، إذا باعه ، أو وهبه ، أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصى له ينتهى بموته ، ولا ينتقل إلى غيره .

هذا تخريج القول على ما قاله الكاسانى ، ولعله مبنى على ما قرره بعض الفقهاء بناء على بعض روايات المذهب ، من أنه لا يجوز التصرف فى حقوق الارتفاق منفردة عن العقار ، وإنما جازت الوصية بالانتفاع بها ، على أنه من قبيل تمليك المنفعة ولكن وجدنا فقهاء بلخ أجازوا بيع حقوق الارتفاق منفردة ، لأنهم تعارفوا ، والعرف يجيز مخالفة القواعد الفقهية ، ولهذا الرأى معتمد من أصل المذهب ، فهناك رواية تجيز ذلك البيع .

فعلى هذه الرواية ، وعلى هذا الرأى تجوز الوصية بالارتفاق ، بوصف كونه ارتفاقا لصاحب أرض تنتفع منه ، فإنه يكون بهذه الوصية ارتفاقا لها ، وينتقل معها على أنه حق من حقوقها ، ويكون الشأن فيها كالشأن فى بيعها ، تصير به حقا للعقار الذى يملكه من اشترى ذلك الحق .

(الأمر الثانى) أن القانون يصرح بصحة الوصية بالخلو ، والمذكرة التفسيرية تذكر أنه من الحكر ، أما الحكر ، فنحن نرى فيه أنه ليس حقاً عينياً على العقار الموقوف ، بل هو حق الأولوية بالاجارة ، وعلى ذلك لا تصح الوصية به على هذا الاعتبار ، وإنما تصح الوصية بالبناء والغراس ، فينتقلان إلى الموصى له ، ويثبت له بملكيتها حق الأولوية فى الاجارة ، لأن ملكيتهما أثبتت ذلك لصاحبهما الأول ، فيثبت ذلك الحق لمن آلت إليه ملكيتهما .

والخلو قد اعتمد فيه القانون على المذهب المالكى ، فهو الذى ذكر بعض المتأخرين فيه أحكامه .

والخلو معناه فى ذلك المذهب أن يكون الوقف محتاجاً لعمارة أو نحوها ، فيتقدم شخص بالمال يبذله ، ويصرف على جهة الوقف فى المصارف الضرورية لبقائه وعمارته على أن يكون له حق البقاء دائماً .

وقد ذكر ناصر الدين اللقانى وهو من علماء التخريج فى المذهب المالكى الخلو ، وأفتى بصحته بناء على العرف وأتى له بصور ثلاث :

الصورة الأولى — أن يحتاج الوقف إلى عمارة ، ولا مال يعمر به ، فيتقدم من يقوم بعمارته ، ويتقدم للناظر ما يعمره به ، فيكون بهذا المال الذى قدمه صاحب خلو ، وله بهذا حق ثابت ، سواء أكانت هذه العمارة منشأة بعد أن لم تكن ، أم إصلاحاً لمتخرب ، أم كانت إقامة بناء مقام المتهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة ، وحقه الثابت فى بقائه فيها بأجرة تسمى عندهم حكرا ، ويكون له بهذه العمارة حق فى أجرة العين الموقوفة يكافىء ما أنفق ، وذلك إن تركها وآجرها غيره .

الصورة الثانية — أن تكون جهة الوقف محتاجة إلى المال ، كأن يكون

العقار موقوفاً على مسجد ، واحتاج المسجد إلى مصابيح ، أو أجرة لإقامة الشعائر فيه أو إقامة بنائه ، فتقدم من يقوم بذلك على أن يكون له الأولوية فى إجارة العين الموقوفة عليه ، ولا يتجاوز ذلك ، والفرق بينها وبين الصورة السابقة أن المال الذى أنفق فى الأولى كان فى العين الذى تعلق بها الحق ، فزاد فى غلاتها ، أو أوجد لها غلات لم تكن ، فكان له حق مالى متعلق بها ، وله حصة فى أجرتها بذلك الاعتبار ، أما هذه فالإصلاح كان فى غير العين المستأجرة ، وهى المسجد ، فلم يكن له فى العين المستأجرة جزء يعتبر ملكا له ، ولذا لم يثبت له إلا حق الأولوية فى الإجارة .

الصورة الثالثة — أن يدفع شخص مالا للواقف ، على أن يكون له حق الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف ، بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع إلا عن طريقه ، ويدفع صاحب الخلو أجرة معينة ، ويفهم من أقوال الفقهاء أن هذه الصورة لا تكون إلا مع الواقف قبل إنشاء الوقف ، فقد قالوا فى تصويرها إن الواقف إذا أراد أن يبنى محلا للوقف ، حانوتاً أو نحوه ، يأتى له أناس يدفعون له نقوداً ، على أن يكون لكل شخص مكان من تلك المحال التى يريد الواقف بناءها ، فإذا قبل منهم تلك النقود كانوا أولى بإجارتها ، وصار لهم حق الخلو فيها ، وقالوا فى توجيه ذلك ؛ إنه يكون كأنه باعهم بعض تلك الحصة بما دفعوه له ، وكأنه لم يقف جزءاً من تلك الحصه التى اختص بها المستأجر بما دفعه من النقود أولا .

ولقد روى فى كتب التاريخ والفقه أن السلطان الغورى ، لما أراد بناء حوانيت فى بعض الأوقاف التى أزمع إنشاءها ، آجرها للتجار بالخلو ، وجعل لكل حانوت قدراً أخذه منهم ، وبنى الحوانيت بتلك المقادير ، ودونها فى كتاب الوقف ، فصار هؤلاء المستأجرون أحق بالإجارة من غيرهم .

٨٧ — هذا بيان الشرط الأول ولننتقل بعد ذلك إلى الشرط الثانى ، وهو خاص بالموصى به إذا كان مالا ، وليس منفعة ولا حقاً مالياً ، وذلك الشرط هو أن يكون

متقوما فى نظر الموصى ، ولو لم يكن متقوماً فى نظر الإسلام ، فللمسيحى أن يوصى أو الخنزير ، لأنهما مال متقوم فى نظره ، وإن لم يكونا متقومين فى نظر الإسلام .

وليس ذلك شرطاً فى صحة الوصية فقط ، بل هو شرط فى صحة كل العقود المالية ، لأن تسمية الخمر والخنزير ونحوهما مما ليس متقوماً من الأموال تسمية باطلة عند المسلمين .

هذه خلاصة الكلام فى الشرط الثانى ، ولننتقل بعد ذلك إلى الشرط الثالث وهو وجود الموصى به وملكيته للموصى .

٣ — ملكية الموصى به للموصى ووجوده

٨٨ — وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالاتفاق ، وقد نص القانون على ذلك ، وهو مطابق للمذهب الحنفى وغيره ؛ لأن العبارة لا تستقيم فى الوصية بمعين بالذات إلا إذا كان موجوداً .

وهذا نص ما جاء فى ابن عابدين : « الموصى به إن كان معيناً ، أو غير معين ، وهو شائع فى بعض المال يشترط وجوده عند الوصية ، وإن كان شائعاً فى كله يشترط وجوده عند الموت »[1] .

إنما هل تشترط ملكية الموصى به المعين وقت الوصية ؟ قال القانون يشترط أن يكون مملوكا له وقت الوصية ، وأشارت المذكرة التفسيريه فى ذلك المقام إلى مذهب مالك رضى الله عنه ، وتعليله واضح ؛ لأن الوصية تصرف ، ولا يسوغ للإنسان أن يتصرف فى ملك غيره ، على أنه مالكه ، وإن تصرف فيه على هذا الأساس كان تصرفه باطلا .

والحنفية أيضاً يقررون هذا ، فقد جاء فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين ما نصه :

« الوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته »[2] .

---

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ٦٣٨ طبع استانبول .

(٢) حاشية أبى السعود ج ٣ ص ٣٥٨ .

وجاء فى منلا مسكين وغيره أنه إن أجاز الغير الوصية بعد الوفاة يكون ذلك هبة منه ، ولا تتم إلا بالقبض ، ويجوز له الرجوع فيها ، وإن لم يجز الغير لا يصح التصرف لا على أنه وصية ، ولا على أنه هبة من المالك »[1] .

وعلى ذلك لم يكن ثمة حاجة إلى الإشارة إلى مذهب مالك والآخذ منه، ما دام ذلك منصوصاً عليه فى الحنفى ،

وإذا كان الموصى به جزءاً شائعاً فى مال معين ، فان وجوده فى ملك الموصى شرط عند وجود الوصية ، ليتجه القول إليه ، لأنه معين من حيث كله وما دام متعلقاً بمعين ، فالشرط وجوده على النحو السابق .

٨٩ — وإن كان الموصى به غير معين ، ولم يكن جزا فى شىء معين ولا نوع معين ، بل كان جزءاً شائعاً فى المال كله ، فالشرط وجوده عند الوفاة ، فإذا لم يكن مال عند الوفاة ، بطلت الوصية .

ولكن هناك مسألة قرروا فيها أن الوصية تصح مع أن الموصى به لا يكون موجوداً وقت الوصية ، ولا وقت الوفاة ، وذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه ، فإذا مات ، وليس فى بستانه غلة تصح الوصية ، وتكون له الغلات المستقبلة ما دام حيا ، وإذا كانت هناك غلة قائمة وقت الوفاة كانت الوصية فى الغلة القائمة ، وفى الغلات المستقبلة ما دام حيا ، وذلك لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع ، والمنافع تجوز الوصية بها مع أنها تجىء وقتاً بعد آخر فى المستقبل بعد وفاة الموصى، ولأن الغلة اسم للموجودين وقت الوفاة ، وما سيوجد بعد ذلك :

وإن قال أوصيت بثمره بستانى أبدا ، فذلك مثل الوصية بالغلة ، وهى من قبيل الوصية بالمنافع ، وتكون للموصى له ما دام حياً،وتشمل القائم وقت الوفاة، وما سيوجد بعدها ، أما إذا لم يقرنها بما يدل على التأبيد ، فإن كانت هناك ثمرة وقت موت الموصى انصرفت الوصية إليها فقط ، وإن لم توجد بطلت الوصية ، لأن الثمرة اسم لما يكون موجوداً على رءوس الشجر،وهى غير معينة عند الوصية فتنصرف إلى ما يكون وقت الوفاة،وإن اقترنت الكلمة بما يدل على التأبيد كانت

---

(١) ملا مسكين ، والمبسوط والبدائع .

الوصية من قبيل الوصية بمنافع البستان ، فتثبت له مدى حياته [1] .

هذا مذهب الحنفية فى التفرقة بين الوصية بالثمرة والوصية بالغلة ، ولكن المذهب الشافعى لا يفرق بينهما ، فيجعلهما بمعنى واحد ، ويجعلهما من قبيل الوصية بالمنافع ، ويكون للموصى الثمرة القائمة ، والغلة القائمة ، وما يستجد منها .

وبذلك جاء القانون ، فقد نص على أنه فى الوصية بالثمرة أو الغلة يكون للموصى له الغلة القائمة أو الثمرة القائمة ، وقت موت الموصى ، ومايكون منها فى المستقبل مالم تدل قرينة على غيرها ، بأن تدل القرينة على أن المراد الغلة القائمة المعينة وقت الوفاة فقط ، فانه تنصرف الوصية إليه ، فان لم تكن غلة وقت الوفاة بطلت الوصية [2] . أو ما يحقق إرادة الموصى إن أثبت القرائن إرادة له .

٩٠ م — ووجود الموصى به المعين فى ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدورها إلى وقت قبولها ، وذلك لأن الوصية عقد غير لازم ، فما يكون شرطا لانشائه يكون شرطا لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة [3] .

---

(١) شرح تبيين الحقائق ج٦ ص٢٠٣ . (٢) هذا الحكم هو ما اشتملت عليه المادة ٥٥ ونصها : « إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ، فللموصى له الغلة ، أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى ، وما يستجد منها مستقبلا مالم تدل قرينة على خلاف ذلك » .

(٣) تصدت لبيان بطلان الوصية إذا هلك الموصى به المعين أو استحق المواد ١٥ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ونصها : المادة ١٥ - تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا ، وهلك قبل قبول الموصى له .

المادة ٤٧ — إذا كانت الوصية بعين من التركة ، أو بنوع من أنواعها ، فهلك الموصى به ، أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإن هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقى منه إن كان يخرج من الثلث ، وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

المادة ٤٨ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى معين فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له . وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى إن وسعها ، وكانت تخرج من ثلث المال ، وإلا أخذ الباقى جميعه إن كان يخرج من الثلث . أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .

المادة ٤٩ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى ، فهلك أو استحق فليس له إلا حصته فى الباقى إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث . وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

ولذلك إذا هلك قبل القبول بطلت الوصية ، وكذلك إذا استحق ، أو هلك بعضه أو استحق بعضه ، بطلت الوصية فى الجزء الهالك أو المستحق ؛ ولنتبين ذلك بعض البيان فنقول :

إن الموصى به المعين قد تعلقت الوصية بذاته وشخصه ، فلا يمكن أن توجه إلى غيره ، فما دام موجوداً فهى قائمة ، إلا إذا زالت بسبب آخر وإن هلك أو استهلك زالت الوصية لذهاب محلها ، وإن بقاءه فى ملكية الموصى أيضاً شرط لتبقى الوصية ثابتة ، ولذلك لو خرج من ملكيته بطلت الوصية ، ولو عادت ثانية الملكية لم تعد الوصية ، لأنها بطلت بالخروج ، والباطل لاينقلب صحيحاً . كالميت لايعود حياً . وإن بطلان الوصية لذلك أتى من ناحيتين :

إحداهما . أن التصرف فى المعين تصرفا يخرجه عن ملكه يعد رجوعا فى الوصية ، على ما سنبين فى الرجوع ، والرجوع فى الوصية يبطلها .

والناحية الثانية : أن استمرار الملكية شرط ، كما أن الوجود شرط إلى وقت القبول ، فإذا خرجت عن ملكه وقتاً ، فقد بطلت الوصية ، لأن ماهو شرط للإنشاء شرط للبقاء فيها ، ككل العقود غير اللازمة .

والاستحقاق للمعين يبطل الوصية فيه ، ومعنى الاستحقاق أن يتبين أن الموصى لم يكن مالكا للموصى به وقت الوصية ، فاذا استحقت العين الموصى بها ، فقد تبين أن الموصى لم يكن مالكا لها وقت الوصية ، وأن ملكية الموصى للموصى به العين وقت الوصية شرط لصحتها ، كما نص على ذلك القانون ، وكما بينا .

٩١ — وهلاك الموصى به المعين أو استحقاقه له صور أربع :

والصورة الأولى — أن يكون الموصى به معينا ، فيهلك كله قبل القبول ، فإن الوصية تبطل ، كما بينا ، لأن محلها المعين أصبح معدوما ، وكذلك إن استحقت ، بيد أن الاستحقاق يبطلها ، ولو بعد القبول والقبض ، لأن الاستحقاق يوجب أن تعود العين إلى ملك صاحبها ، وحق المالك مقدم على ماثبت للموصى له بالقبول والقبض ، فتبطل الوصية وتعود العين إليه .

الصورة الثانية — أن تكون الوصية بكل العين، فيهلك بعضها أو يستحق بعضها، فيأخذ الموصى له ما بقي منها إن كان يخرج من الثلث، وبطلت الوصية في الجزء الهالك، أو المستحق، مع ملاحظة أن الهلاك لا يبطل الوصية في الجزء الهالك، إلا إذا كان قبل القبول والقبض، وأما الاستحقاق فيبطلها مطلقا لما بيناه.

الصورة الثالثة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة فهلكت كلها، أو استحقت فإن الوصية تبطل، لأن موضوع الوصية صار معدوما في حال الهلاك وتبين أن الملكية لم تكن ثابتة في حال الاستحقاق، وكلاهما شرط لصحة الوصية، وبقائها مع ملاحظة الفارق بين الهلاك والاستحقاق.

الصورة الرابعة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة، فهلك بعضها، أو استحق، ففي هذه الحال يأخذ الموصى له وصيته جميعها من الباقي، إن وسعها، فان لم يسعها أخذ الباقي كله، وبطل من وصيته بمقدار ما نقص الباقي عن الوصية، وفي الحال التي يسعها تكون الوصية كلها صحيحة لم يسقط منها شيء، وذلك لأن الموصى به جزء شائع غير معين في شيء معين، فإذا هلك بعضه، لم يتعين أن يكون هو ما فيه الوصية، فلا يرد عليها البطلان ولا يرد على جزء منها؛ لأنها لا تبطل إلا إذا ثبت باليقين العدم في الجزء الذي تعلقت به، ولم يثبت، ولذلك تثبت في الباقي ما وسعها، مع ملاحظة ألا تزيد الوصية بعد على ثلث التركة بعد الهلاك أو الاستحقاق.

٩٢ — ومما هو قريب من الموصى به إذا كان جزءا شائعاً في معين ما يكون شائعا في نوع من الأموال موجود وقت الوصية، كثلث أفراسه، أو ثلث إبله، أو عروضه، فإن ذلك جزء شائع في نوع معين موجود كالمعين فإذا هلك أو استحق ذلك النوع بطلت الوصية، ولا شيء للموصى له، لهلاك الموصى به، أو تبين أنه ليس بمملوك للموصى، إذ الوصية لا بد لصحتها ونفاذها أن يكون الموصى به موجوداً إلى وقت الوفاة في ملك الموصى بالذات.

وإذا هلك بعضه، أو استحق لا يأخذ كل ما يستحق إن وسعه، كالوصية بجزء شائع في معين، بل يأخذ حصته من الباقي، فإن قال أوصيت بثلث أفراسي، فمات، وقد هلك بعضها أو استحق، فله ثلث الباقي، لأن الموصى به جزء شائع في مال

معرف بالوصف أو بالنوع ، فتقدير الجزء لا يكون إلا بما هو موجود على ملكية الموصى وقت الوفاة ، ويستمر موجوداً على حكم ملكه إلى وقت القسمة ، وهذا هو الفرق بين التعيين والتعريف بالنوع ، فإن التعيين يقتضى أن تكون الوصية فى ذات الشيء ، فإذا كانت فى جزء شائع ، فقد تعين مقداره بتعيين ذاته ، أما الوصية بجزء شائع من مال معرف بالنوع ، فلا تعين ذاته دائماً إلا إذا كان موجوداً وقت الوصية ، ولا يعين المقدار إلا عند القسمة ، فإذا هلك أو استحق بعضه ، كان النوع منحصراً فى الباقى ولكن هذا الفرق فيه نظر وتفصيل كما سنبين

ومما يعد كالوصية بحصة شائعة فى نوع من المال ، إذا أوصى بعدد من نوع من المال ، كالوصية بعشرة أفراس ، فإن كان عددها وقت الوصية مائة اعتبرت الوصية بالعشر ، وفى هذه الحال يكون قد نظر إلى مقدار النوع الذى أوصى ببعضه وقت الوصية ، ولكنه نظر إليه ، لالتنفيذها ، بل لبيان مقدار نسبتها إلى نوع المال ، وعلى هذا إذا مات ، وليس له ذلك النوع بطلت الوصية ، وإذا هلك بعضه ، ثبت العشر فى الباقى .

ولا شك أن ذلك الحكم لا يستقيم مع منطق القانون ؛ إذ أن منطق القانون فى الأموال المعرفة بالوصف أو النوع لايلتفت إلى مقدارها وقت إنشاء الوصية ، بل ينظر فى مقدارها ، وملكية الموصى لها إلى وقت تنفيذ الوصية . فإذا جاء القانون فى بعض أحكامه ، ونظر فى تعيين مقدار نوع المال الذى عرفه بالوصف وقت إنشاء الوصية فقد انحرف عن منطقه وقواعده ، واعتمد على قواعد أخرى ، فبدأ بناؤه غير متجانس فى مظهره وأسسه .

ولذلك كان من الخير لو لم ينظر ذلك النظر ، فلا تعتبر الوصية بعدد من نوع المال ، كالوصية بجزء شائع ، ولا تستعار هذه الفكرة من رأى ابن الماجشون من مذهب مالك ، فقد بدت غريبة غير مؤتنسة بغيرها ، وليس فيها عدل مؤكد ، ولا تحقيق لغرض الموصى ؛ لأنه لو كان غرضه النسبة لقال العشر بدل أن يذكر عدداً محدوداً ، إذا ذكر العدد لا يجعل سبيلا لاحتمال غيره .

٩٣ — هذا هو القانون فى الوصية بمعين ، أو بجزء شائع من معين ، أن بجزء

شائع من نوع معرف ، غير معين بالتعيين ، وهلاك الموصى به أو بعضه ، أو استحقاقه كله أو بعضه .

والمصدر الفقهي لأحكام هذه المواد من القانون هو المذهب الحنفي ماعدا الجزء الأخير الذي اعتبر الوصية بعدد مذكور من نوع من المال وصية بسهم شائع ، يساوي بالنسبة بين العدد وبين جملة النوع وقت إنشاء الوصية ، فإنه مأخوذ من المذهب المالكي،وهو رأى ابن الماجشون من متقدمي الفقهاء في ذلك المذهب والمخرجين فيه ، وقد ذكرنا ذلك . وبينا أنه كان الخير في ترك هذه الاستعارة ، لأنها غير متجانسة مع قواعد القانون .

وأصول هذه المواد كما ذكر في المذكرة الإيضاحية من المذهب الحنفي .

والأصل فيه أن الموصى به إذا كان معيناً بالذات أو كان معيناً بالنوع ، وتعلقت الوصية به ، حتى صار كالمعين بالذات ، كأن يوصى بكتبه ، أو بجزء منها فإن الوصية تتعلق بالموجود منه وقت الإيجاب [1] .

وعلى ذلك إذا هلك الموصى به كله قبل موت الموصى بطلت الوصية ؛ لأنها تعلقت بالعين ، أو بنوع موجود مذكور معتبر ملاحظ وجوده وقت الإيجاب .

وإن هلك بعضه بطلت الوصية فيما هلك ، وبقيت فيما بقى ، ولو اكتسب من

---

(١) من المقرر أن الموصى به إذا كان معينا بالذات كانت الوصية متعلقة بالموجود منه وقت الوصية ، وإن كان معرفا بالوصف كان المعتبر وجود وقت الموت ، والمعرف بنوعه يعتبر من القبيل الثانى إذا كان النوع لم يوجد منه شيء عند الوصية ، فان كان منه شيء اعتبر الموجود منه وقت الوصية وصار كالمعين بالذات ، أو على التحقيق صار معينا بالذات ، هذا ما حققه العلامة ابن عابدين ، فقد جاء فيه : « ان كان الموصى به عينا كثلث غنمى ، وله غنم يعتبر فيه الموجود وقت الوصية ، لأنه معين بالإضافة العددية ؛ لأنه تأتى له الألف واللام، وإن كان نوعا كثلث غنمى ، ولا غنم له ، فهو كالشائع فى كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت ؛ لأنه ليس عينا ، حتى تتقيد به الوصية ، هذا ما ظهر لى فتأمل » ج ٥ ص ٦٢٦ طبعة استانبول .

هذا وقد ذكر البدائع « الذى بالأصل أن الوصية لاتصح إذا قال بثلث غنمى ولاغنم له ، وأن صحتها قول الكرخى ، إذا قال إنه ينبغى أن تصح فى الغنم إذا وجد له غنم »

النوع الذى ذكره من ماله ما هو من جنسه لا يدخل فى الوصية، فلو أوصى بكتبه، واشترى كتبا غير التى كانت عند الوصية، وهلكت لا تتعلق بها الوصية إلا إذا ذكر أن الوصية تكون بالكتب التى تكون له عند الوفاة، وإنما لا تتعلق الوصية بها، لأن الوصية تعلقت بالموجود، فصار معينا بالذات.

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من ماله ولم يبين نوعا منه، فإن الوصية لا تتجه إلى ماله عند الوصية، بل تتعلق بماله الذى يكون عند الوفاة، وكذلك إذا كانت بنوع من ماله، أو بجزء شائع منه. ولم تتعلق الوصية بذاته. كأن يوصى بجزء من غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، وكأن يوصى بكتبه أو بجزء منها، ولا كتب له وقت الوصية فإن الوصية تكون متعلقة بالموجود وقت الوفاة، ولا تتعلق بما يوجد منه قبلها، فان وجد شىء وهلك أو استحق قبلها، فلا أثر له فى الوصية صحة وبطلانا.

٩٤ — ونرى من هذا أن الفقه الحنفى يقسم الموصى به إلى قسمين: معين بالشخص أو بالذات، ومنه ما يكون مبينا بالنوع، وقد وجد النوع وقت الوصية وتعلقت به، فيعتبر تعلق الوصية به تعييناً له بالذات، فإذا قال أوصيت بثلث كتبى، وله كتب وقت إنشاء الوصية، تعلقت بها وصارت الكتب بهذا التعلق كالمعينة بالذات؛ إذ لا فرق بينها وبين أن يقول أوصيت بثلث دورى أو ثلث أطيانى، لأن الموصى به فى كليهما جزء شائع فى معين وقت إنشاء الوصية بالذات.

والقسم الثانى ـ أن يكون الموصى به لم تتعلق الوصية به وقت الإنشاء، وذلك إذا أوصى بجزء شائع من كل ماله، أو بنوع من ماله لم يكن موجودا عند الإنشاء، فتعتبر الوصية متعلقة بالموجود وقت الوفاة.

ولا شك أن القسم الثانى لا يتأتى فيه الاستحقاق أو الهلاك قبل الوفاة، لأن الوصية لم تتعلق بعينه، حتى يقال إنه أوصى بغير ملكه، أو حتى تبطل بهلاك محلها إذ أنها لم يتعين لها محل إلا وقت الوفاة. وبعد الوفاة تجرى عليها أحكام التركة فى الاستحقاق والهلاك، وظاهر النصوص الفقهية، كظاهر قانون الوصية أنها إن تعلقت الوصية بالموصى به الموجود عند الوفاة يكون هلاكها واستحقاقها بعدها فى حكمه، كهلاك الموصى به المعين، سواء أكان ذاتاً أم نوعا، لأن الملكية للموصى

له لا تتقرر إلا بالقبول والقسمة على مقتضى المذهب الحنفى ، وعبارة القانون عامة لا تفرق بين الهلاك والاستحقاق عند التعيين قبل الوفاة أو بعدها ما دامت الوصية لم تتقرر بالقبول .

٩٥ — وقد نص فى المذهب على أن الموصى به المعين بالإشارة أو بالاسم ، أو ما تتعلق به الوصية من الأنواع عند إنشائها حتى يصير معيناً بهذا التعلق ، إذا كانت الوصية بكله أو بعضه ، وهلك كله أو استحق كله بطلت الوصية ، لأن محلها الذى تعلقت به صار معدوما قبل تمامها ، فتعذر تنفيذ أحكامها .

وإن أوصى بثلث المعين ، وما يلحق به ، أو بنحو الثلث من كل سهم شائع ، وهلك بعضه ، فان كان الذى ذكر بعضه مثليا ، فقد قال أبو حنيفة والصاحبان إن الجزء الهالك لا يكون من حساب الموصى له، فاذا كان الباقى يساوى الثلث المخصص للوصية كان للموصى له بشرط خروجه من ثلث التركة ، كشرط كل وصية .

وقال زفر إن الهالك يكون من القدر المشترك ، فيهلك على الموصى له بقدر حصته فى الوصية ، وعلى ذلك لا يكون له إلا مقدار ثلث الباقى .

وحجة زفر فى ذلك أن المال المعين مشترك بينهما ، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة كهلاكه كله ، وإذا كان ما هلك قد هلك على الشركة ، فالباقى على الشركة أيضاً بمقدار الحصص، فيكون له ثلث الباقى بعد الهلاك، كما كان له ثلث الكل قبله .

وحجة أبى حنيفة والصاحبين ، أن الوصية هنا بجزء شائع فى مال مثلى معين ، والمثلى تدخله القسمة جبرا عن الشريك ، فصارت كأنها وصية بعدد معين ، إذ يملك أخذه ، والوصية مقدمة على الميراث عند التوزيع ، فهذا التقديم وجب فرز قدر لها ما أمكن الفرز ، وحيث لا ضرر فى البقاء على الشركة بقيت ، فلما تعرضت للضرر أوجب التقديم فرز جزء هو فى الباقى تنفيذا الوصية ما أمكن التنفيذ من غير تعرض للبطلان ، وأيضاً فان الوصية بجزء معلوم من مثلى ، كوصية بعدد معلوم منها كوصية بعشرة دراهم من دراهمه ، فإذا هلكت ولم يبق منها إلا

عشرة كانت هى الوصية بالاتفاق عند الحنفية ، بشرط أن تخرج من الثلث من عموم ماله .

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من معين قيمى كان ثلث الباقى بالاتفاق بين فقهاء المذهب الحنفى [1] . والفرق بين القيمى والمثلى على رأى الأئمة الثلاثة فى هذه الناحية من جهتين :

إحداهما — أن المثلى تدخلة القسمة جبراً ، فيصح فرز قدر منه للوصية ، بل يتعين ذلك إذ خيف عدم تنفيذها كلها ، وبذلك يكون الهلاك قد اقتضى ذلك الفرز ، فتكون الوصية كاملة فى الباقى . أما القيمى فلا تدخله القسمة إلا بالرضا أو القضاء ، ولم يوجد ذلك ، فتصور الفرز غير موجود ، فلا يبنى عليه حكم .

ثانيهما — أن الوصية بجزء شائع من مثلى يمكن أن تكون كالوصية بعدد منه تماما ، فإذا قال أوصيت بعشر نقودى ، وهى ألف وقت الوصية كانت كما يقول ، أوصيت بمائة ، لعدم التفاوت بين الآحاد . وإذا قال أوصيت بمائة من نقودى ، فهلك بعضها نفذت الوصية بالمائة مادام الباقى يسعها .

أما القيمى فلتفاوت آحاده لايمكن أن يقال إن الوصية بالجزء الشائع كالوصية بعدد معلوم منه ، ، لأن آحاده متفاوته ، فلو قال أوصيت بثلث كتبي وهى ثلاثة آلاف مجلد ، لايكون ذلك ، كما يقول أوصيت بألف منها ؛ لأن الآحادة متفاوتة .

لهذين الأمرين قال الفقهاء إن هلك بعض القيمى كانت الوصية بحصتها فى الباقى .

هذا بالنسبة للهلاك ، وقد اتفق رأى فقهاء الحنفية على الراجح من الروايات فى هلاك بعض القيمى ، واختلف زفر معهم فى هلاك المثلى .

أما استحقاق بعض المعين ، فقد قال السرخسى فى المبسوط إن زفر قد اتفق مع بقية الأئمة فيه من حيث إنه فى المثلى ، يكون الموصى له للموصى به كاملا من الباقى [2]

---

(١) قيل إن ذلك إذا تعددت الأجناس ، وكانت مختلفة ، وإن كانت من جنس واحد ، فهى بمنزلة المثليات يجرى فيها الخلاف بين زفر وغيره ، وقيل هذا قول أبى حنيفة ، أما الصاحبان فبقيا على رأيهما ، وقيل هو قول الكل (شرح التبيين جـ ٦ ص ١٨٩) .

(٢) المبسوط جـ ٢٧ ص ١٦٢ .

٩٦ — ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها اعتمدت فيما أخذت بالنسبة لهلاك المعين على المذهب الحنفى ، ولكنها لم تأخذ بنص الآراء فى المذهب ، بل جعلت الوصية بجزء شائع من معين تكون بكمالها فى الباقى من غير تفرقة بين مثلى وقيمى أى من غير تفرقة بين ماتدخله القسمة جبراً ومالا تدخله ، وخالفت بذلك أئمة المذهب الحنفى جميعاً ، بل خالفت مذهب مالك رضى الله عنه ؛ لأنه لايفرق بين القيمى والمثلى من حيث إن الوصية بجزء شائع معين إذا هلك بعضه تكون الوصية بحصتها فى الباقى ، ولاتنفذ كلها ، بل ينقص منها بمقدار حصتها فيما هلك .

ولقد عللت المخالفة بأن ذلك أعدل وأسهل .

أما السهولة فلا نرى وجها لهـا ، ولعلها فى التعميم من غير تفرقة بين حال وحال ، ولو أخذوا بمذهب زفر ومالك الذى يجعل الوصيه فى حال الهلاك أو الاستحقاق تنفذ مطلقاً بحصتها فى الباقى لكان ذلك تعميما ، وله اعتماد من مذهب معلوم أكثر القانون من الأخذ به ، ومن رأى فقيه حنفى ، قد رجحه الحنفية ؛ إذ قالو « بقول زفر نأخذ وعليه القياس »[1] .

وأما العدالة فانها توجب التسوية بين المشتركين فى الغنم والغرم ، والأصل فى العدالة أن تكون فى المساواة ؛ حتى يقوم الدليل على خلافها ، فجعل الغرم فى حال الهلاك على جانب واحد ، وسلامة نصيب الجانب الآخر من غير قسمة واقعة ، بل غير متصورة ، لأن الملكية بعد لم تثبت — ليس من العدالة ، فلا يعد هذا الاتجاه أعدل .

ولقد كان حقاً على كتاب المذكرة التفسيرية وقد خالف القانون المذهب الحنفى تلك المخالفة الجوهرية ، وقررو أحكاماً لم يقلها أحد من أئمته فى الروايات الراجحة ألا ينسبوا تلك الأحكام إليه ، وألا يذكروا أنهم اعتمدوا عليه — بل اعتمدوا على اجتهادهم فقط .

٩٧ — وهناك أمر آخر خالف القانون فيه المذهب الحنفى ، وفرق بين

(١) هذا ما جاء فى غاية البيان .

متماثلين من غير داع إلى التفرقة . ففرق بين الوصية بجزء من معين ، والوصية بجزء من نوع معين ، وقد علمت أن المذهب الحنفى يعتبرهما من قبيل الوصية بالمعين ، فيقرر الأحكام بالنسبة لها على هذا الأساس ؛ لأن الوصية إذا تعلقت بمال وقت إنشائها ، فقد عينته ، وارتبطت به وجوداً وعدماً .

ولكن القانون يجعل الهلاك أو الاستحقاق فى الوصية بجزء من المعين لا يمس الوصية فتسلم ، ويجعل الهلاك فى النوع المعين على الشركة ، فينال الوصية كما ينال غيرها .

ولا نرى فرقاً بين الأمرين أوجب هذا الافتراق فى الحكم ، فليس بينهما افتراق جوهرى فى الحقيقة ؛ إذ كلاهما معين ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث تعلق الوصية بهما ، وارتباط وجودها بوجودهما ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث قوة الوصية بهما ؛ إذ الوصية فى كليهما مقدمة على الميراث ، ومن المقرر عند أبى حنيفة وصاحبيه أنه فيما تجرى فيه القسمة جبراً يكون الهالك على المتأخر فى الأداء ، لا المتقدم ، فلا ينال الوصية ، والمقرر عند زفر أن الشركة أوجبت التسوية فى الهلاك بالحصص كالامتلاك ، فى المثلى والقيمى معاً .

فإما أن نأخذ بفكرة زفر ، ومالك فى الأمرين فى المعين بالشخص ، والجملة المعينة ؛ وإما أن نأخذ برأى أبى حنيفة والصاحبين ، وبذلك يكون للقانون أساس فقهى ، وأساس منطقى تربط بها الأحكام ، وتكون له ضوابط جامعة من غير أن تكون أحكامه نثيراً غير محكم الربط ، لا تجمعه قاعدة ، ولا توحده فكرة ، فيكون فيه ذلك التلفيق غير المتناسق[1] .

ولا يدعى واضعوه أن ثمة مصلحة راجحة تفوت ، إن جعلنا القانون محكم

---

(١) وإنك لترى من المفارقات الغريبة فى القانون أن الموصى إذا أوصى بثلث دار فاستحق بعضها يكون الهلاك على حساب الورثة ، ولا تمس الوصية ، بل تؤخذ كاملة من الباقى بينما إذا قال أوصيت بعشرة من أفراسى وعددها مائة يعتبر كأنما أوصى بعشرها ، فإذا استحق بعضها كان من حساب الشركة فتنقص الوصية مع أن حد العدد واجب ألا ينقص من الوصية بجزء شائع فى معين .

الربط والنسج ، لأنه لم يكن بين أيديهم مظالم أوجبت الأخذ بهذا دون ذاك ، فكان الأولى أن يجمع القانون على منهاج واحد .

ولو أن هناك مصلحة راجحة ، أو عدالة تتحقق فى جانب دون جانب لساغ لنا قبول ذلك التلفيق الذى لا انسجام فيه ، لأن العدالة أولى وأحرى ، والقوانين كانت لتحقيقها ، فإذا لم تكن مصلحة ، فالتناسق المنطقى مطلوب، والله الهادى إلى سواء السبيل .

٣ — بيان الموصى به

٩٨ — إن الوصية شرعت للتوسعة على الموصى ، ليتدارك ما عساه يكون قد فاته من واجبات ، أو ليكافىء من يكون قد أسدى إليه معروفاً ، وليسد حاجة من يكون فى حاجة إلى العون من أقاربه غير الوارثين ، وفى كثير من الأحوال تكون الوصية فى وقت لا يتسع للتوضيح ، وبيان الغرض كاملا ، لذلك توسع الفقهاء فى أحكام الوصية ، فأعطوا هذا التصرف ما لم يعط غيره من وسائل التيسير ، وأجازوا فيه ما لم يجيزوا فى غيره تسهيلا على الموصى فى وقت يحتاج فيه إلى التسهيل .

ولذلك أجازوا الوصية بالمجهول ، وذلك ما لم يسوغوه فى عقد من العقود ، لأن محل العقد لا بد أن يكون معلوماً ؛ حتى لا تجرى المشاحنة ، فتفضى الجهالة إلى المنازعة ، وقد أعفوا الوصية فى ذلك الشرط ، لأن احتمال النزاع وقت تنفيذها ليس قريباً ، إذ هو وقت الموت .

ثم إن التجهيل لم يتركه الشارع ، بل جعل للورثة حق البيان ، لأنهم خلفاء مورثهم ، فيقومون مقامه فيما فاته من بيان ؛ ولأنهم أقرب الناس إليه ، وأدناهم منه ، فهم أعرف بمقاصده ، وغاياته ومراميه . . ولذلك يوكل البيان إليهم .

فإذا قال الموصى أوصيت لفلان بجزء من مالى أو بشىء منه ، كان للورثة أن يعطوه أى قدر شاءوا مما يحتمله اللفظ .

وإن لم يكن له وارث كان البيان لولى الأمر ، باعتبار أن التركة ستئول إلى بيت المال ، ولأنه ولى من لا ولى له ، وقد تولى الورثة البيان بما لهم من صلة بالميت

فيتولاها ولى الأمر بما له من هذه الولاية العامة التى تجعله ذا صلة بكل إنسان ، والبيان عن المتوفى مما له صلة بالولاية عليه .

وإن قال أوصيت بسهم من مالى ، ومات ولا وارث له كان له النصف ، ولبيت المال النصف ، لأن السهم يطلق على القليل والكثير ، وهو بهذه الوصية شريك لبيت المال ، قد أوجد له الموصى هذه الشركة ، والشركة تقتضى التسوية وتفسير السهم بالنصف تحقيق لهذه المساواة ، فيكون ذلك التفسير أولى من غيره .

وإذا قال أوصيت له بطائفة من مالى ، أو قليل منه أو يسير ، أو بشىء من مالى ، ولا وارث جاز لولى الأمر الذى له البيان وحده فى هذه الحال أن يعطيه مالا يصل إلى النصف لأن اللفظ لا يحتمل النصف إذ الشىء من المال أو القليل ، أو اليسير منه لا يصح أن يصل إلى النصف ، وإن قال بجزء من مالى جائز لولى الأمر إعطاؤه النصف لا يزيد ، لأن الجزء يطلق على النصف .

٩٩ — والقانون لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول ، ولكنه ذكر بعض أحكام الوصية بالمجهول التى اقترنت بما يشير إلى البيان ، وإن لم يكن قاطعاً ، ولا راجحاً ، بل كان احتمالا قريباً ، ولم يترك البيان إلى الورثة ، بل بين هو الحكم وكان له اعتماد من الفقه ، فقد ذكر أحكام الوصية بمثل نصيب الورثة ، إن عين وإن لم يعين ، وبسهم مع مثل نصيب الورثة[١] .

---

(١) قد ذكر ذلك المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، وهذا نصها :

المادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الورث زائداً على الفريضة .

المادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى ، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة الشرعية إن كانوا متفاضلين .

المادة ٤٢ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصى ، أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

١٠٠ — ولقد ذكر القانون مسائل الوصية التى تكون فيها جهالة الوصية بمثل نصيب الوارث منفردة أو مع غيرها ، وجهالتها قد أزالها ببيان مقدارها بحكم القانون ، فلا يكون ثمة حاجة إلى بيان آخر كما بينا ، وقد ذكر لذلك أربع أحوال :

الأولى — إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين من ورثته أو بنصيبه ، فإن الموصى له يستحق مثل نصيب ذلك الوارث ، وطريق الوصول إليه من غير زيادة ، وبحيث يكون مقدار الموصى به مساوياً لمقدار نصيب الوارث أن تقسم المسألة بالسهام من غير نظر إلى الوصية ، ثم يزداد على مجموع عدد السهام عدد يساوى مقدار نصيب الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ويكون هذا هو ما يعادل نصيب الموصى له ، وتقسم التركة على عدد السهام ، ويأخذ كل ما يخصه .

ومثال ذلك أن يوصى الموصى بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق ، ثم يموت عن ابنه وبنتين له ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون للابن النصف ، ولكل بنت الربع . فتكون السهام أربعة يكون للابن سهمان ، ولكل بنت سهم ، ثم يعطى الموصى له سهمين مثل نصيب الإبن ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (عشرون ومائة فدان) تقسم على ستة فيكون للموصى له أربعون ، وللابن أربعون ، ولكل بنت عشرون .

١٠١ — (الحال الثانية) أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعينه ، ويندرج فى هذه الحال صورتان — إحداهما — أن يكون الورثة جميعاً متساوين فى السهام ، والثانية أن يكونوا غير متساوين — ولكل صورة حكم ، فحكم الصورة الأولى أن يعطى بمقدار واحد ، وحكم الثانية أن يعطى بقدر أقل الورثة سهاماً ، وفى الحالين تقسم المسألة بالسهام ، ويزاد على مجموعها مقدار سهام أحد الورثة فى حال التساوى ، ومقدار أقلهم سهاما فى حال عدم التساوى ، ولنضرب لذلك مثلين ، لكل صورة مثل :

المثال الأول — أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه الشقيق ، ثم يموت عن ثلاث زوجات ، وثمانى أخوات شقيقات ، وأخ لأب ، ويترك تركة

قدرها ١٣٠ فدان ، فإنه فى هذه تقسم المسألة بالسهام فيكون لثلاث الزوجات الربع ، ولثمانى الأخوات الشقيقات الثلثان ، وللأخ الباقى ، ويكون أصل المسألة اثنى عشر ،يكون للزوجات الربع، ثلاثةسهام ، لكل واحدة سهم،وللشقيقات الثلثان ثمانى سهام ، لكل واحدة سهم، ويكون الأخ لأب سهم واحد هو الباقى . فهنا يتساوى الورثة فيأخذ بمقدار واحد ، ويضاف على الأصل سهم، وتقسم التركة على ١٣ فيخص كل واحد عشرة أفدنة .

المثال الثانى — وهو المثال لحال التفاوت ، أن يوصى لابن أخيه الشقيق أيضاً بمثل نصيب أحد الورثة ، ويموت عن ثلاث زوجات ، وبنتين، وابن ابن، ويترك تركة قدرها مائة فدان فتقسم المسألة بين الورثة بالسهام فيكون لثلاث الزوجات الثمن ، وللبنتين الثلثان ، ولابن الابن الباقى ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لثلاث الزوجات ثمنها ثلاثة ولكل واحدة سهم ، وللبنتين ستة عشر . ولكل واحدة ثمانية ولإبن الابن الباقى ، وقدره خمسة ، فيكون أقل الورثة ميراثاً ، هو إحدى الزوجات ، فيكون للموصى له بقدرها ، ويضاف إلى أصلها ، فيكون المجموع خمسة وعشرين ، تقسم المائة عليها ، فيخص كل زوجة أربعة أفدنة ، والموصى له أربعة ولكل بنت ٣٢ فدان ، ولابن الابن ٢٠ فداناً .

١٠٢ — الحال الثالثة — أن يوصى بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع كالربع فى التركة ، سواء أعين الوارث بمثل نصيبه أو لم يعين ، وفى هذه الحال يسير الموزع للتركة ثلاث خطوات .

الخطوة الأولى أن توزع المسألة بالسهام بين الورثة، حتى يعلم مقدار سهام كل وارث

والخطوة الثانية أن يضاف إلى أصل المسألة عدد سهام الوارث . ويعلم مقدار سهام الموصى له بمثل نصيب الوارث ، مع ملاحظة أن أصل الفريضة ، وهو مقدار الباقى بعد المقدار الذى أوصى به للموصى له الآخر .

ثم ينظر بعد ذلك وهذا هو النظر هو الخطوة الثالثة ، وهى أنه إن كانت الوصية بقسميها نافذة من غير إجازة الورثة ، بأن كانت لاتتجاوز الثلث أو تجاوزته وأجازوها ، نفذت الوصيتان .

وإن لم يجيزوا الوصية ، ولم يسع الثلث قسم بينهما بالمحاصة ، أى بنسبة السهام ولذلك موضعه من شرح القانون ، فلنؤجل أمثلته إليه ، ولنضرب الآن الأمثلة المبينة لما ذكرنا آنفاً .

المثال الأول : أوصى بربع ماله للجمعية الخيرية الأسلامية ، وبمثل نصيب أخيه لأمه ، لابن أخيه الشقيق ، ومات عن زوجته ، وأخته الشقيقة ، وأخيه لأمه ، وأخته لأبيه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ فدان .

فى هذا المثال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللشقيقة النصف، وللأخ لأم السدس ، وللإخت لأب السدس ، فأصل الفريضة ١٢، للزوجة ثلاثة سهام ، وللشقيقة ستة ، وللأخ لأم إثنان ، وللأخت لأب سهمان فيكون المجموع ١٣ .

(٢) ويضاف إلى المجموع بعد الاعتبار السابق مقدار نصيب الأخ لأم ، وهو سهمان فيصير المجموع من أصل الفريضة ١٥ ، وإذا أضيف إليها المأخوذ من الأصل لصاحب الربع الذى نقدره بخمسة يكون مجموع السهام ٢٠ موزعة كالآتى :

للزوجة ٣ ، وللشقيقة ٦ ، والأخ لأم ٢ ، والأخت لأب ٢ والموصى له بمثل نصيب الأخ لأم ٢ ، وللجمعية الخيرية ٥ .

وتقسم التركة ، وهى ١٨٠ فدان عليها فيختص كل واحد بمقدار سهامه ، ومجموع الوصايا لايتسع له الثلث وقد أجازوا .

المثال الثانى : أن يوصى لشخص بربع ماله ، ولأخته لأبيه بمثل نصيب أحد ورثته ، ويموت عن زوجته ، وأخوين لأم ، وأخيه الشقيق ، وأخته الشقيقة ، والتركة ١٠٤ (أربعة فدادين ومائة) .

فى هذه الحال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم

السدس ، وللأخوين لأم للثلث ، وللشقيقين الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين فتكون الفريضة من ١٢ ، توزع كما يأتى :

الزوجة ٣ والأخوان لأم ٤ (لكل منهما اثنان) والأم ٢ وللشقيق والشقيقة الباقى وقدره ٣ (الشقيق إثنان ، وللشقيقة واحد) .

(٣) يضاف سهم إلى الأثنى عشرة ، سهم وهو مقدار سهام أقل الورثة ميراثاً ، وهو نصيب الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع السهام ثلاثة عشر سهماً للورثة إثنا عشر سهماً ، وللموصى له بمثل نصيب أخذ الورثة سهم . وتعتبر هذه ثلاثة الأرباع فيكون للموصى له بالربع ثلثها وهو ٤ ⅓ فيكون المجموع ١٧ ⅓ .

هذا هو الحل الذى وجدناه يتفق مع نص القانون ، وغرض الموصى ؛ لأن غرض الموصى هو تحقيق المساواة بين الموصى له والوارث الذى جعل نصيبه أساس التقدير بقوله أوصيت بمثل نصيب الوارث ، والربع ؛ فإن كل حل غير ذلك لا يحقق التساوى بين الموصى له والوارث الموصى بمثل نصيبه ؛ مع جعل الوصيتين فى مرتبة واحدة ؛ من حيث إنهما ينفذان فى حدود واحدة . وهو حل يتفق مع قواعد المذهب الحنفى .

ولكن المذكرة التفسيرية قالت إنها أخذت هذا الجزء من القانون من مذهب أحمد بن حنبل ، فقد قالت « والمادة ــ ٢٢ مأخوذة من مذهب أحمد بن حنبل » ولذلك وجب علينا أن نرجع إلى ذلك المذهب نتعرف منه طريق الحل ؛ وإن كنا نرى أن الحل الذى ذكرناه هو الذى يتفق مع نص القانون وغرض الموصى عند التعبير بمثل التعبيرات التى اشتمل عليها القانون .

والمذكور فى مذهب أحمد طريقتان : نرى أن التى تقرب من نصوص القانون وإن لم تتعين هى الطريقة الراجحة وهى غير طريقة يحيى بن آدم ، وأساسها أن تحل المسألة على فرض أن هناك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولا وصية سوى ذلك ؛ حتى إذا علم مقدار الموصى به . نظرنا إلى الوصيتين ووازنا بين

مقدارهما والثلث ، ثم نظر إلى الآجازة إن تجاوزاه ، ولنضرب لذلك مثالا ـ إذا أوصى لشخص بسدس ماله ، ولآخر بمثل نصيب أخته الشقيقة ، ومات عن زوجة وبنتين ، وأخته الشقيقة ، فإنه تحل المسألة على أساس أنه لا وصية إلا الأخيرة ، فيكون للزوجة ٣ أسهم ، وللبنتين ١٦ سهماً ، وللأخت ٥ أسهم ويضاف إليها خمسة أسهم الأخت ، فيكون ثمة وصيتان إحداهما بخمسة من ٢٩ والثانية بأربعة وخمسة أسداس من ٢٩ ومجموعهما تسعة وخمسة أسداس . وهو أكثر من الثلث ، فإن أجيزت الوصية نفذتا بتلك النسبة ، وإن لم يجيزوها كان الثلث بينهما بنسبة ٥ إلى ٤⅚ .

١٠٣ ـ الحال الرابعة ـ أن يوصى بنقود أو بأوعيان من التركة لشخص أو جهة ، ولموصى له آخر بمثل نصيب أحد الورثة ، وهذه كالحال السابقة فى كل الأحكام ، والخطوات التى شرحناها آنفاً ، ويفرط فى حلها ما كنا نفرض تماماً فى المثالين اللذين ذكرناهما فى الحال السابقة .

غير أنه يزاد على الخطوات السابقة ، خطوة يبتدأ بها ، وتتقدم على ما سواها ، فتقدر النقود الموصى بها أو الأعيان المعينة الموصى بها أولا ، وتبين قيمتها بالنسبة إلى التركة ، وما تساويه من السهام بالنسبة لها ، أهى تساوى الربع أم الثلث أم السدس ، ونحو ذلك ، فإذا قدرت ذلك التقدير ، وقدرت معها سهام الورثه وسهام الوارث الموصى له بمثل نصيبه ، سواء أكان معيناً أم غير معين ، وعرف ما يخص كلا الموصى لها من سهام قسمت التركة على المجموع ، كما ذكرنا فى المسألة السابقة .

ولنضرب مثالا يسير القارىء على ضوئه إذا أوصى بألف جنيه لعمارة مسجد حيه الذى تخرب ، ولأخته الشقيقة بمثل نصيب أحد ورثته ، وتوفى عن زوجته ، وبنتين ، وابن ابن ، والتركة ألف جنيه و ٥٤ فدانا ، فى حل هذه المسألة :

(١) نبتدىء بمعرفة ما تساويه الألف بالنسبة للتركة ، فإذا وجدنا أنها تساوى ¼ التركة يعتبر كأنه أوصى لعمارة المسجد بربع التركة .

(٢) ثم نسير فى الخطوات الأخرى ، فتقسم المسألة بين الورثه على الفريضة الشرعية فتكون كما يأتى :

الزوجة	البنتان	ابن الابن
$\frac{1}{8}$	$\frac{2}{3}$	الباقى

وتكون الفريضة من أربعة وعشرين للزوجة ٣ ، وللبنتين ستة عشر لكل واحد ثمانية ، ولابن الابن الباقى ، وهو خمسة سهام .

(٣) ويضاف إلى الفريضة ٣ هى مقدار سهم الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، فيكون المجموع ٢٧ ، وتقسم ٥٤ فداناً على ٢٧ ومجموع الوصيتين تخرجان من الثلث فتنفذان من غير إجازة الورثة ؛ إذ إحداهما بتسعة أسهم لأننا اعتبرنا ٢٧ سهماً هى ثلاثة الأرباع ، والأخرى بثلاثة مجموعهما ١٢ سهماً ، إذ مجموع السهام بعد إضافة سهام الموصى لهما (٢٤ + ٩ + ٣) تكون ٣٥ .

وإذا كان الثلث لا يسعهما يوزع الثلث بنسبة السهام التى قدر بها نصيب كل منهما على ما سنبين عند الكلام فى تزاحم الوصايا وضيق الثلث عنهما ، وعدم إجازة الورثة لها .

هذا على الحل الذى نراه قريباً من نص القانون ، وعلى ما اخترنا من المذهب الحنبلى الذى اعتبر أصلا فإنه يعتبر هناك وصيتين إحداهما ثلاثة أسهم والأخرى بالربع وهو — ٩ — وتنفذان وهذا على الطريقة التى اخترناها من مذهب أحمد.

١٠٤ — هذا هو شرح القانون فى الوصية بمثل نصيب أحد للورثة ، وقد كانت الصور التى فرضها القانون كلها فى حدود فرض نصيب وارث موجود ، ولم يذكر هنا تقدير الوصية بنصيب وارث غير موجود ، ويفترض وجوده ، ويظهر أن المشروع الأول كان فيه فرض هذه الصورة ، فإن المذكرة التفسيرية التى اقترنت باقتراح مشروع القانون قد تعرضت لهذه الجزئية هنا ، وذكرت حكمها ومصدرها ، فقد جاء فيها ما نصه :

« وإذا كان من أوصى بنصيبه ، أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يحجب غيره

من الورثة حجب حرمان ، أو حجب نقصان ، فإن الفريضة تصح بالنسبة لغير المحجوب ، ثم يزاد عليه سهم الموصى له ، كما لو ترك الميت أخاً ، وبنتاً ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ، اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنت يزاد عليها سهمان للابن الموصى بنصيبه ، فيكون له ثلثا التركة ، إن أجاز الأخ والبنت ، وإلا كان له الثلث ، والباقى بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنت قسمة الميراث ».

ولقد قالت بعد ذلك : « فى الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ، ولو لم يكن له ولد الحكم من مذهب مالك » .

فهذا الكلام يدل على أنه كان فى القانون نص على التقدير الفرضى فى هذا الموضع ؛ إذ خصته المذكرة بالذكر ، وبينت مصدره الفقهى ، فكان هذا دليلا على كمال العناية ، ودليلا على أنه وجد ، وإذا كان القانون لم يشتمل على نص يفيد الحكم فى الوصية بمثل نصيب ولد لو كان ؛ فإن المعقول حينئذ هو العمل بمذهب أبى حنيفة فى هذه القضية ؛ لأنه المعمول به ، حيث لا نص فى القانون ، والمنصوص عليه فى الفتاوى الهندية أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان ؛ فإن كان له ابن اعتبرت وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ لأنه موجود مثل الموصى به بين الورثة ، وإن لم يكن موجوداً قدر له نصيب وأضيف إلى الفريضة الشرعية ؛ على أساس الأخذ من استحقاق الورثة الموجودين فعلا ، فلو ترك امرأة وابناً ، وأوصى بمثل نصيب ابنته لو كانت ؛ فإنه فى هذه الحال ؛ يفرض نصيب بنت ، وهو نصف نصيب الابن الموجود ، ويضاف إلى مجموع السهام ؛ وهكذا ، فإن كان للمتوفى بنت وأخ ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ؛ فإنه يكون له ضعف ما للبنت ، ويضاف إلى أصل الفروضية ، فيكون له الثلثان ، وللورثة الثلث ، إن أجيزت الوصية وإلا كان له الثلث فقط[1] .

هذا مذهب أبى حنيفة ، أما مذهب مالك الذى ذكرته المذكرة التفسيرية وإن

---

(١) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٩ ، ١٠٠

كنا لا نرى اتباعها ، فأساسه أن من أوصى بنصيب وارث يأخذ بقدر سهامه من غير أن يضاف إلى أصل المسألة ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لى ، وله ثلاثة أبناء أخذ ثلث التركة ، وإن كان له أربعة أخذ ربعها ، وهكذا ولو قال بنصيب ابن لو كان موجوداً قدر له نصيب بفرض وجوده ، وكانت الوصية بقدره ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابنى ، وله ابن كانت الوصية بجميع المال إن لم يكن ولد غيره قط ؛ ولو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لى لو كان موجوداً ، ولا ابن له كانت الوصية بجميع المال أيضاً ، لأنه لو كان موجوداً لأخذه ؛ ولو كانت له بنت كانت الوصية بثلثى المال كله[1] .

هذا هو مذهب مالك فى مثل هذه الحال ، ونحن نرى أن العمل يجب أن يكون على مذهب أبى حنيفة ، إذ ليس فى القانون نص يخالفه ، والله سبحانه وتعالى هو الهادى إلى سواء السبيل .

١٠٥ — ولنتجه بعد ذلك إلى بيان مصادر القانون فى هذه الأجزاء :

أخذ القانون الفقرة الأخيرة وهى احتساب النقود المرسلة والاعتبار بمقدار نسبتها من التركة ؛ من إجماع الفقهاء على ذلك الاحتساب عند معرفة مقدارها ، لتبين صلتها بالثلث ، أهى فى دائرته ، فلا تحتاج إلى إجازة ، أم زائدة عنه ، فتحتاج إلى إجازة ، فإن طريق ذلك باتفاق الفقهاء بل باتفاق أهل العقول — تكون بمعرفة نسبتها إلى قيمة التركة ، أى مقدار سهامها فيه .

أما بقية الأجزاء فمأخوذة من المذهب الحنفى ، أو المذهب الحنبلى ، فالوصية بمثل نصيب وارث معين مأخوذة من المذهب الحنفى ، والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، وبجزء شائع أو معين أو مقدر من التركة مع الوصية بمثل نصيب الوارث مأخوذة من مذهب أحمد ، كما تقول المذكرة التفسيرية ، هذا إجمال نبينه فى مواضعه .

أما الأول ، وهو الوصية بمثل نصيب وارث معين ، فقد نص عليها فى كتب الفقه الحنفى ، وفى الوصية بمثل نصيب الوارث المعين فرق الحنفية بين عبارتين ،

---

(١) راجع حاشية الدسوقى على الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٤٤٣ .

أن يقول أوصيت بمثل نصيب الوارث ، وأن يقول أوصيت بنصيبه ، ولذلك جاء فى كتاب شرح التبيين أنه إن قال أوصيت بنصيب ابنى فالوصية باطلة عند أبى حنيفة والصاحبين ، وعند زفر الوصية صحيحة ، وتعتبر وصية بمثل نصيب الابن ، واتفقوا على أنه لو قال أوصيت بمثل نصيب الابن تكون الوصية صحيحة ، وحجة زفر أن ذكر نصيب الابن للتقدير به ، ولا فرق بين العبارتين فى الدلالة على ذلك ، وإحداهما صريحة فى التقدير ، وهى التى قال فيها إنه أوصى بمثل نصيب ابنه ، والثانية على تقدير محذوف مضاف ، فمعنى أوصيت بنصيب ابنى أوصيت بمثل نصيب ابنى ، وحذف المضاف عند قيام قرينة عليه سائغ فى اللغة العربية ، ومن ذلك قوله تعالى « واسأل القرية التى كنا فيها » إذ معناها ، واسأل أهل القرية .

وحجة أبى حنيفة والصاحبين فى أن الوصية تكون باطلة فى قوله أوصيت بنصيب ابنى — تقوم على أمرين : (إحداهما) أن العبارة ليس فيها ما يدل على أنه قصد الوصية بمثل نصيب ابنه ، إذ لا قرينة تنبئ عن ذلك ، ولا يترك المعنى الظاهر إلى غيره إلا بوجود قرينة دالة على ذلك الترك (ثانيهما) أن العبارة بهذه الدلالة الظاهرة تجعل الوصية باطلة ؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى الموت ، فكأن معناها الظاهر الذى لا يوجد غيره ، أوصيت بما يملك ابنى عند وفاتى ، فهى وصية بملك الغير ، فهى باطلة[1] .

والقانون فى المادة ٤٠ ذكر الوصية بمثل نصيب الوارث المعين ، وترك الوصية بنصيب الوارث وعلى عكس ذلك فى الوصية بمثل نصيب وارث غير معين قد ذكر الوصية بمثل نصيبه وبنصيبه ، وجعل حكمهما واحداً ، فكان ذلك مرجحاً اعتباره الوصية بنصيب الوارث باطلة ، كما هو مذهب أبى حنيفة وصاحبيه ، ويزكيه أن المادة ٤٠ من مذهب أبى حنيفة الذى كان فيه هذه التفرقة ، ولكن المذكرة التفسيرية تنص على أن على الوصية بنصيب وارث معين تكون فى حكمها كالوصية بمثل نصيبه على سواء ، ويجب أن تكون فى ذلك قد اعتمدت على مذهب

---

(١) راجع شرح التبيين جـ ٦ ص ١٨٨ .

أحمد، وتكون على الوصية بمثل نصيب وارث غير معين أو نصيبه من مذهب أحمد بن حنبل الذى يسوى بينهما فى الحكم .

١٠٦ — والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، أو بنصيبه مأخوذة من مذهب أحمد ، كما قلنا ، فقد جاء فى المغنى(١) :

« وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان : (إحداهما) تصح الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤى ، وأهل البصرة ، وابن أبى ليلى وزفر وداوود ، (والوجه الثانى) لا تصح الوصية ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة وصاحبه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للوارث ، فلم يصح ، كما لو قال بدار ابنى ، أو بما يأخذه ابنى . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه ، فصح ... وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أى بمثل نصيب وارثه ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم »(٢) .

١٠٧ — إلى هنا قد تبين المصدر الفقهى للوصية بمثل نصيب وارث مسمى أو غير مسمى ، أو بنصيبه ، والمصدر الفقهى للوصية بجزء شائع ، مع وصية لآخر بمثل نصيب وارث ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أيضا .

والحكم الذى جاء فى ذلك المذهب ، هو اعتبار كل وصية كأنها وصية وحدها ، ولا وصية سواها ، ثم ينظران بعد إستخراجهما مجتمعين لمعرفة اتساع الثلث لهما مجتمعين ، أو ضيقة عنهما .

وقد ذكرت فى شرح القانون وتخريجه أنه تعتبر المسألة مستقلة لاستخراج نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، ثم يعلى هو وسهام الموصى له بجزء شائع على أساس سهام الورثة ، فإذا كانت الوصية بالربع ، واعتبر مجموع السهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ١٥ فهى ثلاثة أرباع السهام سهام الورثه ، ويقدر نصيب

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٤٨ . (٢) المغنى ج ٦ ص ٤٥٠ .

الموصى له بمثل أحد الورثة بسهمه مضافا إلى سهام الورثة، ثم يضاف إليها السهام المقدرة للموصى له بالجزء الشائع، والمجموع هو مجموع السهام.

هذه هي الطريقة التي ذكرناها في تخريج المسائل وفق القانون، وألفاظه تتحملها، بل ترجحها، وأساسها كما ذكرنا أن نجعل سهام الورثة هي الأساس لتقدير سهام الموصى له بجزء شائع، وسهام الموصى له بمثل نصيب وارث، بزيادة مقدار سهام ذلك الوارث، وسهام الموصى له بجزء شائع.

ولكن ذكرت المذكرة التفسيرية أن المصدر مذهب أحمد فاخترنا الراجح فيه وهو غير طريقة يحيى بن آدم من ذلك المذهب، وهي أن تحل المسألة على أساس أنه لا وصية غير الوصية بمثل النصيب وإذا علم مقدار هذه جمعت الوصيتان.

فهي إحدى الطريقتين المنصوص عليهما في مذهب أحمد رضي الله عنه؛ وأساسها كما ذكرنا أن يجعل عدد السهام للموصى له بجزء شائع على أساس أن الباقي بعد نصيبه هو مقدار سهام الورثة مع سهام الموصى له بمثل نصيب أحدهم، فإذا كان مثلا هناك ورثة هم: زوجة، وأخ شقيق وأخت شقيقة وموصى له بالربع، وموصى له بمثل نصيب الزوجه فإنه يكون للزوجة الربع بثلاثة أسهم، وللأخ الشقيق ستة أسهم، وللشقيقه ثلاثة، وللموصى له بمثل نصيب الزوجة ثلاثه.

وعلى هذه الطريقة يكون تقدير نصيب الموصى له بالربع على أساس أن ثلاثة الأرباع هي سهام الورثة، والموصى له بمثل نصيبهم، ومجموعها ١٥ فيكون الموصى له بالربع له خمسة، ومجموع السهام ٢٠.

١٠٨ — وهذه الطريقة التي اخترناها من مذهب أحمد هي طريقة غير طريقة يحيى بن آدم كما نوهنا، ولقد ذكر المغني الطريقتين، وهذا نص ما جاء فيه:

« وإذا أوصى لرجل بجزء مقدر، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته، ففيها وجهان: (أحدهما) أن يعطى الجزء لصاحبه، ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له، كأنه ذلك الوارث، إن أجازوا، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الأجازة، والثلثان للورثة.

« والوجه الثاني أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية

سواها، وهذا قول يحي بن آدم، مثاله رجل أوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه، وهم ثلاثة، فعلى الوجه الأول للموصى له الثلث، وما بقى بين البنين والموصى له على أربعة، وتصح من ستة، لصاحب الثلث سهمان، وللآخر سهم، فإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة، والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة، وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث — الثلث، وللآخر الربع إن أجيزلها، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة، ويصح من ٦٣[1].

وترى من هذا الوجه الذى ارتآه يحي بن آدم أنه جعل للموصى له بالثلث الثلث، ثم جعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة خارج أصل المسألة بالنسبة للورثة، وجعلهما معاً مقدرين بالسهام على أساس بمجموع سهام الورثة.

وهذا لا يتفق مع الطريقة الراجحة التى اخترناها من مذهب أحمد، لأن سهام الموصى بمثل نصيب أحدهم سيقدر على أى حال على أساس سهام الورثة. إنما الموصى له الآخر أتقدر سهامه على أساس سهام الورثة، أم على أساس سهامهم وسهام الموصى له؟ فيحي بن آدم قدره على أساس سهام الورثة والباقى مع جعله والآخر فى مرتبة واحدة، أما ما اخترناه فإنه قدره على أساس المجموع الكلى وحده ألا ترى أنه يقسم التركة على ستة ويجعل لصاحب الثلث اثنين، لأن الثلثين أربعة، ويجعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحدهم واحداً مضافاً إلى الثلاثة.

وغاية الفرق بين الطريقتين أنه يكون ما يخرج للموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ينفذ من التركة كلها، ويكون فى مرتبة الموصى له بجزء شائع منها فى التقدير، إذ كلاهما سيزادان على الفريضة الشرعية المقدرة للورثة وهذه طريقة يحي بن آدم

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٥٤، وطريق تخريجها من ٦٣ على فرض عدم الأجازة أن الثلث ينقسم على سبعة، ثلاث لصاحب الربع، وأربع لصاحب الثلث لأن النسبة بين الثلث والربع هى ٤ إلى ٣، فيكون أصل المسألة ٣ وثلثها واحد لا يقبل القسمة على سبعة، فيضرب أصل المسألة فى سبعة، وكذلك إثنان وهما الثلثان لا تقبلان القسمة على الثلاثة وهم البنون الثلاثة فيضرب أصل المسألة وهو ٣ فى ٧ وفى ٣ فيكون هكذا ٣ × ٧ × ٣ = ٦٣

أما الطريقة الأخرى التي اخترناها من مذهب أحمد، فتفرق بينهما، فتجعل نصيب الموصى له بجزء شائع مقدراً مقدماً فى القسمة، ثم تجعل الموصى له الثانى فى التقدير مع الورثة تماما، فيدخل فى الباقى بعد إخراج نصيب الموصى له بجزء مقدر.

١٠٩ — وإنما اخترنا هذه الطريقة، لأنها هى التى تتفق مع القانون ومع أحكام الوصايا، فإنها تعلى سهامها دائماً على سهام الورثة، وتعتبر قدراً زائداً على أصل سهام الورثة.

نعم إن الفقهاء قالوا إن الموصى له بمثل سهام الورثة، يقدر نصيبه بعد تقسيم السهام على الورثة، ولكن ذلك فقط لتقديره، أما من ناحية مرتبته، فهو معلى على أصل المسألة، ولذلك إذا كان فى المسألة رد توزع السهام وترد، ثم يقدر نصيبه بعد التوزيع بالفرض والرد.

وإن تلك الطريقة أيضاً هى التى تقرب من القانون، إذ أنه أوجب أن تحل المسألة بين الورثة وبين الموصى له بمثل نصيبهم معلى نصيبه على سهامهم، وهذا يجعله زائداً على سهام الورثة، ويقدر الثلث على ثلث الكل، والسهام الأخرى التى تفرض للموصى له بجزء شائع تقدر أيضاً على أساس مجموع سهام الورثة.

٤ – أنواع الموصى به

١١٠ م – لقد ذكر القانون أنواعا كثيرة للموصى به ، فأجاز الوصية بالعين رقبتها ومنفعتها ، وأجاز الوصية بالرقبة وحدها ، وبالمنفعة وحدها ، وأجاز الوصية بالحقوق ، وقد شرحنا ذلك النوع من الوصايا فى موضعه من بحثنا هذا ، وأجاز الوصية بالاقراض والوصية بتقسيم التركة ، والوصية بالبيع لشخص معين والوصية بالمنافع ، والوصية بمرتبات محدودة ، وكل نوع من هـذه الأنواع نذكره بكلمة معينة .

الوصية بالاقراض (١)

١١١ م – أجاز القانون الوصية بالإقراض ، فإذا قال الموصى أوصيت بأن يقرض من مالى قدر معلوم من المـال من غير ربا ، تصح الوصية وتنفذ بشرط أن يكون القدر الموصى بإقراضه يخرج من ثلث التركة ، وإلا توقفت على إجازتهم فى القدر الزائد عن الثلث .

ولا شك أن الإقراض يكون له أمد معلوم يجب على الموصى له أن يؤدى المال إلى الورثة من بعده ، والوصية بالإقراض هى فى وضعها الفقهى من قبيل الوصية بالمنافع ، لأن القرض يعد تبرعاً بالمنافع من قبيل العارية . ولذلك نص فقهاء المذهب الحنفى على أن عارية الدراهم والدنانير قرض ، وإذا كانت الوصية بالإقراض من قبيل الوصية بالمنافع ، فهى تقيد بأمد معلوم ، كما تقيد الوصية بالمنافع ولا بد أن يخرج المقدار الموصى بإقراضه من ثلث التركة ، لـكى تنفذ الوصية من غير إجازة أحد ، كما لا تنفذ الوصية من غير حاجة إلى الإجازة فى الوصايا بالمنافع إلا إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تخرج من ثلث التركة ، (على تفصيل سنبينه فى موضعه) إذا كانت مدة الانتفاع تزيد على عشر سنين .

(١) الوصية بالاقراض بينتها المادة ١٢ ، ونصها : « تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوما من المال ، ولا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا باجازة الورثة » .

وقد قالت المذكرة الإيضاحية أن الحكم بجواز الوصية بالقرض هو مذهب الحنفية ، وهم يقررون جواز ذلك مع أن الأجل فى القرض عندهم غير لازم فى حال الحياة ، لأن العارية فى أصل وضعها عقد غير لازم ، والقرض نوع منها ، ولـكنهم يقولون إن الأجل يلزم فى حال الوصية بالإقراض .

وقد اتفق جمهور الفقهاء مع الحنفية فى عدم لزوم الأجل فى القرض ، وخالفهم المالـكية ، فقرروا أن الأجل يلزم إذا ذكر له أجل معلوم ، أوجرت العادة العامة بأجل معروف ، إذا لم يذكر أجل انصرف التوقيت إليه ، أويكون المـال المقرض جرت العادة إلى أن مثله يؤجل الأداء فى إقراضه إلى أجل معلوم ، كقرض قمح ، فإنه يؤجل الأداة عادة إلى وقت الحصاد .

ومهما يكن من أمر اختلاف الفقهاء فى لزوم الأجل فى القرض ، فلزومه فى الوصية أمر لا بد منه لتحقيق إرادة الموصى ، ولذا ألزمه من لايرى لزومه ، وهذا ما يهمنا فى موضوعنا هذا .

الوصية بتقسيم التركة[1]

١١٢ م — أجاز القـانون للموصى أن يقسم تركته على حسب الميراث الشرعى بين ورثته ، فيعين نصيب كل واحد من الورثة فى أعيان من ماله ليتمكن من تنظيم تركته ، وقسمتها بين الورثة على الوجه الذى يرى المصلحة فيه ، ويقضى على ما عساه يكون من خلاف بينهم على التقسيم بعد وفاته ، وليمكن للضعفاء من ورثته من أن يكون تحت أيديهم من التركة ما لايشق عليهم استغلاله ، والوصـية تـكون لازمة على الورثة من غير حاجة إلى إجازتهم لها ، إلا إذا كان قد حابى فى قسمته بعض الورثة محاباة تجاوزت الثلث ؛ فإنها تتوقف على الاجازة فى هذا الجزء الزائد على الثلث .

(١) الوصية بتقسيم التركة بينتها المادة ١٣ ونصها : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لـكل وارث ، أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتـكون لازمة بوفاة الموصى ، فان زادت قيمة ماعين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

وذلك يسير على الأصل الذى جاء به القانون مخالفاً لجمهور الفقهاء المسلمين من أن الوصية للوارث فى الثلث جائزة من غير حاجة إلى اجازة ، فإن زادت على الثلث احتاجت إلى إجازة الورثة كالوصية للأجنبى على سواه .

١١٣ — والوصية بتقسيم التركة بين الورثة من غير زيادة لأحدهم عن الآخر قالت المذكرة التفسيريه إنه قد قاله بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ، وقد وجدنا كتب الشافعية تصرح بذلك ، وإن لم يكن هو الراجح فى المذهب ، ووجدناه فى كتب الحنابلة رأيا مقابلا لرأى آخر لم يرجح أحدهما على الآخر .

ومن كتب الشافعية التى ذكرت ذلك الرأى نهاية المحتاج على المنهاج ففيه : « والوصية لكل وارث بعين هى قدر حصته كأن ترك ابنين ، وداراً وقنا قيمتهما سواء ، نخص كلا بواحدة صحيحة ، وتفتقر إلى الاجازة فى الأصح ، لاختلاف الأغراض بالأعيان ، ولذلك صحت ببيع عين من ماله لزيد ، سواء أكانت الأعيان مثلية أم لا ، والثانى لا تفتقر لذلك »[1] .

وترى من هذا أنه يصرح بأن اللزوم من غير إجازة غيره أصح منه .

ومن كتب الحنابلة التى صرحت بذلك المغنى والشرح الكبير ، فقد جاء فيهما : « إن أوصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه ، كرجل خلف ابنا وبنتا ، وعبدا قيمته مائة ، وأمة قيمتها خمسون ، فوصى للابن بالعبد ، وللبنت بالأمة ، صحت الوصية فى أحد الوجهين ؛ لأن حق الوارث فى القدر لا فى العين ، بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله ، فانه إذا كان يصح بثمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال ، والثانى يقف على إجازة الورثة ؛ لأن فى الأعيان غرضاً صحيحاً ، فكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى قدر حقه لا يجوز فى عينه » .

١١٤ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية بتقسيم التركة نشير هنا إلى أن القانون المدنى الجديد قد تعرض لأحكام الوصية بتقسيم التركة .

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٤١

فقرر ان الوصية بهذا التقسيم تكون لازمة بالنسبة للورثة ليس لهم أن يخالفوها ما دام نصيب كل واحد لا يزيد عن حصته فى التركة ؛ وإن كان يزيد فإن الزيادة تعتبر وصية قائمة بذاتها[1] ، بحيث تجرى عليها أحكام قانون الوصية من حيث جوازها، وعدم جوازها، وقدذكرنا أن قانونها يجيزها، إن كانت لا تتجاوز الثلث كالوصية لأجنبي على سواء، ولا تنفذ إلا بالأجازة بالنسبة للزائد على الثلث .

وقرر أيضاً أن هذا التقسيم المضاف إلى ما بعـــد الموت ، يجوز للمالك أن يرجع فيه ، لأن كل الوصايا يجوز الرجوع فيها ؛ إذ هى من التصرفات غير اللازمة ، ولـكنه بموته تصير لازمة[2] .

وإذا كانت القسمة لم تشمل جميع الأموال التى يملكها المورث عند الوفاة ؛ فإن القسمة بعد وفاته تلزم فيما قسمه ، وما لم يقسمه يكون بينهم على الشيوع بنسبة سهامهم فى الميراث[3] .

وإذا مات أحد الورثة الذين دخلوا فى القسمة ، فإن القسمة تنفذ فيهما عدا حصته إذا كانت أنصبتهم فى الميراث لم تتغير ، وحصة المتوفى تكون بينهم على الشيوع ، كالجزء الذى لم تتناوله القسمة ، ويكون لكل واحد فيها بمقدار حصته ؛ وكذلك الحكم إذا كان أحـد الذين قسم عليهم باعتبارهم وارثين لم يكن وارثاً بالفعل وقت الوفاة ، وذلك فيما يظهر من أحكام القانون .

الوصية بالتصرف فى عين[4]

١١٥ م ــ الوصية كما ذكرنا تصرف يتسع لأمور كثيرة لا تتسع لها عقود الحياة ؛ لأنها شرعت للتوسيع على الشخص ، ليستطيع أن ينفذ فى ثلث ماله

(١) اقرأ المادة ٨ ٩ (٢) اقرأ المادة ٩٠٩ (٣) اقرأ المادة ٩١١

(٤) أحكام هذا النوع من الوصايا بينته المادة ٥٦ ونصها : « إذا كانت الوصـية ببيع العين للموصى له بثمن معين ، أو بتأجيرها له لمدة معينة ، وبأجرة مسماه ، وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث ، أو بغبن يسير نفذت الوصـية ، وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ، ولم يجز الورثة الزيادة ، فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة

ما عساه يكون قدفاته فى الحياة ، ولذلك صحت الوصية بالتصرفات ، فصح أن يوصى بشراء عين ، والوصية بها فى جهة معينة ، ويكون على الورثة ، أو من يناط بهم أمر تركته تنفيذ ذلك ما دام فى دائرة الثلث ، وتصح الوصية ببيع عين معينة لشخص معين بثمن معين ، وتصح الوصية بتأجيرها كذلك لمدة معينة ، وبأجرة معينة .

وإن صحة ذلك النوع من الوصايا منصوص عليه فى الفقه الحنفى ، وفى فقه الشافعى ، وفى فقه الحنابلة [1] ، وهو فى فقه مالك .

وقد طبق عليه القانون القواعد العامة التى تطبق فى الوصايا ، وهى أن الثمن إن كان لا غبن فيه أو فيه غبن يسير مغتفر ، فإن الوصية تنفذ من غير إجازة أحد لأن الوصية ليس فيها مس بحق الورثة ، بل لا تمس التركة إلا بقدر لا يؤثر فى أصلها ، وهو انتقال عين من ملكية وإحلال الثمن محلها .

وإن كانت الثمن أو الأجرة فيها غبن فاحش على التركة ، ولا تصل المحاباة فيه إلى حد تكون فيه أكثر من الثلث فهى نافذة أيضاً من غير حاجة إلى إجازة ، وإن كان الغبن الفاحش يضيق عنه الثلث ، ولم يجز الورثة الوصية ، لا تنفذ الوصية بجملتها ، إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة عن الثلث ، فإن لم يقبلها لم تنفذ الوصية .

ولا شك أن هذا القبول يلاحظ المنصوص عليه فى المواد الخاصة بالقبول ، أى أنه إذا لم يقبل أو يرد فى مدة ثلاثين يوماً من تاريخ طلب القبول أو الرد منه اعتبر راداً .

الفرق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش أن الغبن اليسير ما يدخل فى تقويم المقومين ، والغبن الفاحش ما لا يدخل فى تقويم ، وبعض الفقهاء حد حدوداً لما يدخل فى تقويم المقومين ، وما لا يدخل ، وهذه الحدود تختلف باختلاف الأموال ، ففى العقار الفاحش خمسها ، وفى الحيوان عشرها ، وفى العروض نصف عشرها ، وما له سعر محدود كل زيادة فيه غبن ؛ لأن الزيادة لا تدخل فى تقويم المقومين .

وأساس اختلاف المقادير على هذا الشكل هو مقدار اختلاف المقومين فى

---

(١) قد نقل ذلك فى نهاية المحتاج والشرح الكبير والمغنى فى الوصية بتقسيم التركة .

نوع المال ، فالخبراء تختلف تقديراتهم فى العقار اختلافاً كبيراً ، فجعل الحد الخمس ، والحيوان يكون الاختلاف كبيراً أيضاً ، ولكنه يكون أقل من العقار ، وفى العروض المختلفة الاختلاف فيها قليل . وما له سعر محدود معلوم فى الأسواق لا يختلف أحد فى تقويمه .

الوصية بالمنافع[1]

١١٥ م — تشمل الوصية المنافع فى نظر القانون كل وصية يكون الموصى به فيها ليس تمليكا لعين موجودة وقت وفاة الموصى أو بعضها ، فتشمل الانتفاع بالسكنى والزرع ، وأخذ غلات الأعيان من أجرة أو ثمرة ، وكما تشمل الوصية بحقوق الارتفاق، وحق التعلى ، والوصية بدفع قدر من المال شهرياً أو سنوياً من غلة العين ، كما تشمل الوصية بالأقراض ، والوصية بإجارة عين .

وكما تشمل الوصية بتمليك منفعة العين ، وإباحة الانتفاع ، وسواء أكان

(١) عرف المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم المنافع تعريفاً حسناً هذا نصه :

« المراد بالمنافع ثمرات الأعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هى مهيأة له خلقاً أو صنعاً ، أو جعلا ، سواء أكانت تلك الثمرات أعياناً مادية متولدة من الأصل ، أم غير متولدة ، أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان ، والثمرات المتولدة تشمل ثمار الأشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التى تعطى فى مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان ، واستعمالها ، كأجرة الأرض الزراعية ، والدور ، والمراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التى تكون بها صالحة للانتفاع بها ، كصلاحية الدواب للركوب ، والحمل ، والجر ، والدور للسكنى » .

وقد كان تعريف المذكرة التفسيرية للمنافع عاماً شاملا ، فذكرت أنه الثمرات والغلات وحقوق الارتفاق ، والوصية بالأقراض ، وبالتأجير ، والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً كما جعلت منه الوصية ببيع عين لشخص بحق معلوم ، والوصية بتقسم التركة ، وفى جعل هذين من المنافع نظر ، ولذلك جعلنا كل واحد منها قسما بذاته ، ولم نجعله من المنافع .

الموصى مالكا للعين والمنفعة أم مالكا للمنفعة فقط، فيجوز أن يوصى المستأجر بمنفعة العين التى يملك منفعتها مدة الإجارة.

ومع أن الوصية بالمنافع تشمل كل هذا، فإن بعضها يصح أن يكون له باب مستقل، وقد أفردنا الكلام فيه، فقد أفردنا الكلام فى الوصية بحقوق الارتفاق، وأفردنا الكلام فى الوصية بالأقراض، والوصية بالتصرف فى العين، لأن هذه لها أحكام يصح أن تنفرد بها عن سائر المنافع.

١١٦ م — والوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين، ولم يعرف فى هذا مخالف إلا ابن أبى ليلى، وابن شبرمة، وفقهاء أهل الظاهر؛ كما جاء فى بداية المجتهد، ونهاية المقتصد لابن رشد.

وحجة المانعين أن المنافع تابعة للعين ملازمة لها، لا تنفصل ملكيتها عنها، فمالك العين مالك لمنافعها لا محالة، لأن المنافع ثمرة الملكية وخاصتها التى لا تفارقها، فلا يملك المنفعة أحد غير مالك العين إلا إذا كانت يده نائبة عن يد المالك للعين، أو كان بتمكين مالك العين، والوصية بالمنافع تتنافى مع ذلك؛ لأن تنفيذ الوصايا بعد وفاة الموصى، وبعد وفاة الموصى الملكية تكون للوارث، فلا ينتفع أحد غيره إلا عن طريقه، وفى امتلاك غيره للمنفعة جبراً عنه بالوصية تجريد للمالك عن خواص ملكه، وذلك لا يجوز.

وحجة[1] المجيزين للوصية بالمنافع، وهم الجمهور أن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع فى غيرها من العقود، وقد جازت الإعارة فى الحياة، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة، وإن ملك المنفعة وملك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافتراق؛ إذ لا دليل على هذه الملازمة، وأن العين عند ما ملكها الوارث، قد ورثها، وقد تعلق بها حق الموصى له فى الانتفاع؛ لأن كليهما قد تلقى الملك فيما خصص له بالخلافة، الوارث بالخلافة الإجبارية، والموصى له

(١) وقد قال المغنى فى الاحتجاج للجمهور «إنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة، فتصح الوصية بها كالأعيان، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال» والمانعون يقولون الأجرة فى هذه الحال لمالك العين، فالمنفعة كانت تابعة للعين، لأن الأجرة من المنافع، كما تقدم، ويد المستأجر نائبه.

بالخلافة الاختيارية ، ووقتهما واحد ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، ما دام الموصى لم يتجاوز ما حد له الشارع وهو الثلث :

وإن الموصى حر فيما ملكه فى حال الحياة ، وفيما جعله له الشارع بعد الوفاة ، وقد جعل له حق التصرف بعد الوفاة فى ثلث ماله ، فيجوز له أن يملك عينه ، ويجوز له أن يملك المنفعة ؛ لأن من ملك الأكثر ملك الأقل ، وله الولاية فى الثلث كاملة ، كما له الولاية فى حال الحياة كاملة ، وقد جازت منه الإعارة حال الحياة ، فتجوز منه الوصية بعد الوفاة على ما بينا .

١١٧ — والوصية بالمنافع كما يقرر الفقهاء ، وكما يقرر القانون ، لها أحوال مختلفة : (١) فقد تكون وصية بالمنفعة مدة معلومة بعد الوفاة ، (٢) وقد تكون وصية غير مؤقتة لموصى له معين ، (٣) وقد تكون وصية غير مؤقتة أو مؤبدة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم ، أو لا يظن ، أو لجهة بر لا تنقطع ، (٤) وقد تكون الوصية غير مؤقتة وهى لمحصورين ، (٥) وقد تكون الوصية لمحصورين وغير محصورين .

ولكل قسم من هذه الأقسام أحكام خاصة ، ولنتكلم فيها بإيجاز .

١١٨ — إذا أوصى بمنفعة ولم يطلق المدة ولم يؤبدها ، بل وقتها بوقت معلوم ، فالأحكام واحدة بالنسبة للمعين وغير المعين محصوراً أو غير محصور[١]. وأساسها وجوب تنفيذ هذه المدة إذا جاءت بعد وفاة الموصى ، وقبل الموصى

---

(١) أحكام الوصية بمنفعة لوقت معلوم مبينة بالمادتين ٥٠ ، ٥١ وهذا نصهما :

المادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معلومة المبدأ والنهاية ، استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة ، فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة فى باقيها ، وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة البدء بدأت من وقت وفاة الموصى .

المادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى . وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى ، وتضمينهم بدل المنفعة . وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

له الوصية ، وعلى ذلك إذا كانت المدة معلومة المبدأ والنهاية ، كان يقول أوصيت لفلان بسكنى دارى من أول سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٦ ومضت المدة كلها قبل وفاة الموصى ، فقد بطلت الوصية ، إذ انتهت المدة الموصى بها ، ويصير ذلك كهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصى ، فإن الوصية تبطل ، فكذلك هنا .

وإن مات الموصى ، وفى المدة المعلومة بقية نفذت الوصية فى القدر الباقى ، إذ تعذر التنفيذ فى الجزء الذى مضى فبطلت فيه ، وصحت فى الباقى ، وصار ذلك كما إذا هلك بعض الموصى به المعين ، أو استحق ، فإن الوصية تكون فى الباقى .

وإذا كانت الوصية غير معينة البدء ومعلومة القدر ، كأن يقول أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان ثلاث سنين ، ولم يذكر ابتداءها ولا منتهاها ، إذ لو ذكر أحدهما لعلم كلاهما ، فى هذه الحال تعتبر لمدة مبتدأة من وقت الوفاة ؛ لأن وقت تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة ، فيعتبر ذلك الوقت هو ابتداؤها .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أنه يشترط أن تبدأ المدة المعلومة قبل مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت موت الموصى وإلا بطلت ، وذلك لمضى المدة الطويلة ، ويتصور ذلك إذا قال أوصيت لفلان مثلا بمنفعة العين سنة إحدى وخمسين وقد مات سنة ١٩١٥ ، فإن الوصية تبطل ، لمضى هذه المدة .

وهذه الأحكام مأخوذة فى جملتها من مذهب أبى حنيفة ، ويوافق عليه جمهور الفقهاء ؛ لأن الوصية بالمنافع كتمليك المنافع فى حال الحياة يكون مؤقتاً بوقت معلوم ، إلا إذا أطلق فى الوصية ، فإن للإطلاق حكما سنبينه ، وإذا كان التأقيت بمدة معلومة جائزاً ، فيكون التنفيذ فى هذه المدة ما أمكن التنفيذ .

وبعض الأحكام أخذ من مذهب الشافعى ، وهو ابتداء المدة المعلومة المقدار التى لم يذكر ابتداؤها .

١١٩ — وإذا منع الموصى له من الانتفاع بالموصى به فى المدة المعلومة ، فقد ذكر القانون لذلك ثلاث صور :

الصورة الأولى — أن يكون بعض الورثة هو الذى منعه ، كأن يكون

موصى له بسكنى دار ثلاث سنين، ذكر ابتدائها، فجاء أحد الورثة وسكنها فى تلك المدة، ومنعه من سكناها، يكون ذلك الوارث قد اعتدى على حقه، فيثبت له ابتداء الحق فى التعويض، وذلك التعويض يكون بأحد أمرين: إما بأن يسكن فى الدار مدة تساوى المدة التى منع من الانتفاع فيها إذا رضى الورثة، وإما بأن يضمن له الوارث الذى منعه بدل المنفعة التى منعها، وإن التعويض على الطريق الثانى هو الذى يثبت أصالة، لأن الضمان هنا من ضمان التعدى، وهو يثبت على المعتدى وحده ابتداء، ولا يمكن تضمينه إلا بالقيمة، ولا سبيل للتضمين بالطريق الثانى، لأن سائر الورثة ليس منهم تعد، فلم يكن له تضمينهم بأخذ العين، والانتفاع بها مدة أخرى إلا إذا رضوا هم بذلك، فإنه فى هذه الحال يجوز له الانتفاع مدة أخرى، وينفذ ذلك على أن يكون الموصى له بالاختيار بين الأمرين فى هذه الحال.

الصورة الثانية — أن يمنعه الورثة مجتمعين من الانتفاع فى المدة المعلومة، وفى هذه الحالة يكونون جميعا متعدين، فيثبت عليهم جميعا ضمان ذلك التعدى، وللضمان طريقان: أحدهما أن يعوضوه عما منع بأداء بدل المنفعة فى تلك المدة. وثانيهما — أن يمكنوه من الانتفاع مدة أخرى، وله أن يختار إحدى الطريقتين فى التعويض من غير رضاهم، وهم يلزمون بما يختاره.

الصورة الثالثة — أن يمنع الانتفاع بسبب من جهة الموصى، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع، ومثال الأول أن يكون الموصى قد آجر العين الموصى بها لغيره، واستمرت الاجارة نافذة من بعد موته إلى نهايتها على مقتضى بعض المذاهب، ومثال الثانى أن تكون العين تحتاج إلى إصلاح ليتم الانتفاع، فأجرى الإصلاح، وأخذ مدة من زمن الوصية، فلا ضمان على أحد، إذ لا تعدى من أحد الورثة، فليس ثمة ضمان تعد، ولكن الوصية لم تنفذ، وقد قبلها، فصار له حق تنفيذها، وقد حالت الأمور دون التنفيذ، فيحق له التنفيذ فى مدة أخرى تحل محل الأولى.

ولا شك أن المنع من الانتفاع، إنما يتأتى فى الحال التى يكون الانتفاع فيها

بالاستعمال الشخصى ، أما إذا كان الانتفاع بالاستغلال فالغلة مادام لم يتسلمها ، فهى حق له ثابت فى ذمة من منعه من الاستغلال .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام المنع من الانتفاع من مذهب الشافعى رضى الله عنه ، وهو يخالف مذهب أبى حنيفة فى أن الورثة أوأحدهم لوكانوا سبباً فى المنع لوجب بدل المنفعة وهو القيمة ، لأن ضمان التعدى يكون بضمان القيمة فى المنافع ، إذ المنافع لا تعتبر من المثليات ، حتى تعوض بمثلها ، والقانون وهو مأخوذ من المذهب الشافعى جعل للموصى له الخيار بين البدل وبين الانتفاع مرة أخرى ، وإذا لم يكن تعد فلا ضمان عند الحنفية لا ببدل المنفعة ، ولا بمثلها ، لأنه لا موجب للضمان .

١٢٠ — هذا بيان الحال الأولى فى الوصية بالمنافع ، وهى الوصية بمنفعة محدودة الأمد ، أما القسم الثانى ، وهى المطلقة عن الزمن أو المؤبدة ، وكان الموصى له شخصاً معيناً ، فإن الموصى له يستحقها مدة حياته[1] ، سواء أنص على التأبيد أم نص على أنها مدة حياته ، أم أطلقت عن المدة ، وذلك لأن الإطلاق عن المدة ينصرف إلى انتفاعه الكامل ، وذلك بانتفاعه مدة حياته ، والتأبيد إذا ذكر يراد منه ما يناسب تقييد الوصية بانتفاع شخص الموصى له ، وذلك لا يكون إلا بتقييد الانتفاع مدة حياته .

والوصية بالمنفعة ربما لا تبتدىء بالنسبة للموصى له من وقت الوفاة ، بل قد تبتدىء بعد مضى فترة ، وذلك إذا كانت الوصية لمن سيوجد لفلان من أبناء مثلا ، ففى هذه الحال يشترط لاستحقاق المنفعة ألا يمضى ثلاث وثلاثون سنة شمسية ، تبتدىء من وقت وفاة الموصى له إلى وقت وجوده واستحقاقه .

وقد ذكر ذلك الشرط عند بيان مدة المنفعة إذا كان الموصى له معينا ،

---

(١) هذا هو نص المادة الحادية والستين : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة ، أو لمدة حياته ، أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته ، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى ثلاث وثلاثين من وفاة الموصى » .

ولم يستحق الانتفاع بمجرد وفاة الموصى . ولقد يتصور تراخى الاستحقاق عن الوفاة ، بأن يكون الاستحقاق مقيداً بشرط ، ولم يوجد ذلك الشرط فى الموصى له ، كأن يقول : إن منفعة هذه الدار وصية لفلان يسكنها ، إن فصل من الحكومة مثلا ، ولم يتحقق ذلك الشرط ، إلا بعد وفاة الموصى بأكثر من ثلاث وثلاثين ، فإنه فى هذه الحال تسقط الوصية .

١٢١ — وقد قررت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام الاستحقاق مدة الحياة من مذهب الحنفية ، والسقوط بمضى ثلاث وثلاثين سنة من رأى ابن أبى ليلى الذى لا يجيز صحة الوصية بالمنافع .

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى هذا الموضع ما نصه « والأحكام بالنسبة لمن استحق فى أثناء المدة مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذا كان المستحق موجوداً حين موت الموصى ، ومن مذهب المالكية إذا وجد بعد الموت ، وبالنسبة لمن لم يستحق فى أثنائها مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذا لم يكن موجوداً حين الموت ، ومن مذهب ابن أبى ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع إذا كان موجوداً فيه » .

وهذا الكلام فى بعضه نظر ، لأنه فرض احتمال عدم وجود الموصى له المعين وقت موت الموصى ، ثم وجوده بعد ذلك ؛ وذلك الفرض باطل لأنه يتناقض مع أحكام القانون ، إذ أنه يشترط لصحة الوصية إذا كان الموصى له معيناً أن يكون موجوداً وقت الوصية ، وأن يستمر موجوداً إلى ما بعد الموت ، ففرض عدم وجود الموصى له بالمنفعة المعين فرض باطل لا يلتفت إليه إلا إذا أريد ما يشمل المعرف بالوصف ، فإن الفرض يستقيم .

١٢٢ — هذه هى الحال الثانية ، ولننتقل إلى بيان الحال الثالثة ، وهى الوصية بالمنافع المؤبدة أو المطلقة عن المدة إذا كانت لقوم غير محصورين[1]

---

(١) أحكام الوصية بالمنافع غير المؤقتة للموصى لهم المحصورين وغير المحصورين بينتها المادة ٥٢ ونصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد فاذا كانت الوصية مؤبدة =

فإن كانوا لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة لا يظن انقطاعها ، فالمنافع فى هذه الحال تكون الوصية بها على التأبيد ولا تنتهى ، فإذا أوصى بغلات عين للفقراء أو بها على مسجد ، أو مدرسة ، أو مستشفى ، كانت الغلات لهذه الجهات على التأبيد ، وصار التصرف من بعد الوفاة وقفاً جاء فى شكل وصية ، وتكون العين وقفاً من كل الوجوه بعد الوفاة .

وإن كان غير المحصورين يظن انقطاعهم كبنى فلان استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم ، إن لم تكن له مدة معلومة ، أو يمكن أن تعلم ، وإن امتدت مئات السنين .

وعندى أنها فى هذه الحال تكون العين موقوفة ، وإن كان وقفاً منقطعاً فى النهاية ، وإن ذلك جاء بمقتضى قانون الوقف ، فإن الوقف المنقطع يعود إلى الواقف أو ورثة الواقف ، وكذلك هنا تعد الوصية بالمنافع وقفاً ، حتى إذا انقرضوا بعد ذلك انتهى الوقف وتعود العين بعدها إلى ورثة الموصى ، ولا تتغير الأحكام بهذه التسمية .

١٢٣ — ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام الوصية بالمنفعة المطلقة أو المؤبدة إذا كان الموصى له لا يظن انقطاعه من المذهب الحنفى ، وإذا كان يظن انقطاعه فأحكامه من المذهب المالكى ، والحقيقة أن أحكام النوعين تتفق مع مذهب مالك ، وما ذكرت أنه من مذهب أبى حنيفة لا تتفق أحكام القانون فيه مع أحكام ذلك المذهب تمام الاتفاق .

وذلك لأن الوصية بالعين لغير المحصورين فى المذهب الحنفى لا تجوز إلا إذا كان فى اللفظ ما ينبىء عن الحاجة ، ويفرض أنهم لا ينقطعون ، لأن من لا يحصون فى الغالب لا ينقطعون ، وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمن لا يحصون كان لا بد من توافر هذا الشرط أيضاً ، وهو أن تنبىء ألفاظ الوصية عن الحاجة ، وتكون وقفاً ، فلا تكون الرقبة للورثة ، والمنفعة للموصى لهم ، بل تكون الرقبة على حكم ملك الله تعالى ، كما هو الشأن فى الوقف ، ويقال عن ذلك الوقف إنه الوقف

= أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم ، وتجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية ، أو معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية » .

الذى ينشأ بالضرورة ، ولذا قال ابن عابدين نقلا عن فتح القدير وغيره :

« يثبت الوقف بالضرورة ، وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبداً ، أو لفلان وبعده للمساكين أبداً ، فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة » . والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا . . وذكر فى البحر منها لو قال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً ، وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفاً ، وعزاه فى الذخيرة ، وبسطه فى أنفع الوسائل ، وقال لا أعلم فى المسألة خلافاً بين الأصحاب »[1] .

وإذا كان ذلك النحو من الوصية وقفاً عند الحنفية اشترط فيه ما يشترط لصحة الوقف عندهم ، وهو أن يكون عقاراً الخ ، وعلى ذلك لا تصح الوصية بمنافع المنقول لمن لا يحصون ، ولو كان بعبارة تنبىء عن الحاجة ، ولذلك نص فى الدر المختار على أنه لو أوصى بظهر مركبه فى سبيل الله بطلت الوصية ، لأن وقف المنقول باطل » .

وإن هذا كله يخالف القانون ، لأن القانون لم يشترط فى الوصية بالمنافع أو بغيرها لمن لا يحصون أن تكون ألفاظ الوصية تنبىء عن الحاجة ، ولأن القانون لم يفرق فى الوصية بالمنافع بين العقار والمنقول ؛ وهذا كله لا يجعلنا نميل إلى اعتبار القانون قد أخذ من مذهب أبى حنيفة .

وإن المسلك المستقيم أن نقول : إن القانون استقى أحكام الوصية بالمنافع لمن لا يحصون ، سواء أكان يظن انقطاعهم أم لا يظن من مذهب مالك ، فإن مالكا رضى الله عنه يجيز الوصية لمن لا يحصون بالمنافع وغيرها ، سواء أكانوا ينقطعون فى غالب الظن أم لا ينقطعون من غير تقييد بعقار أو منقول ، وسواء أكان ماينبىء عن الحاجة أم لم يكن ، وإن كان الصرف يكون إلى المحتاجين ، ولو خرجت الوصية على أنها وقف ، واعتبرت كذلك ، كانت الأحكام متسقة مع ذلك المذهب الواسع المدى ، لأن الوقف يجوز عند المالكية مؤقتاً ومؤبداً ، ولا

---

(١) ابن عابدين ج ٣

يشترط فيه النص على جهة البر : ويكون فى العقار والمنقول من غير تخصيص .

١٢٤ — هذا هو حكم الحالة الثالثة من أحوال الموصى لهم بالمنفعة ، أما الحال الرابعة[1]، وهى حال الموصى لهم بالمنافع مطلقة أو مؤبدة ، وكان الموصى لهم محصورين ، كأن يقول أوصيت لبنى فلان أوذريته وهم يحصون . فان الذين يكونون موجودين منهم عند الوصية يأخذونها ، ومن يوجدون بعد ذلك يشاركونهم ، وهكذا ، فاذا كانت الوصية بالمنفعة للطبقة الأولى فقط كانت لهم مدى حياتهم ، حتى ينقرضوا ، ويكون اليأس من وجود غيرهم ، فاذا كان ذلك عادت العين إلى التركة ، وقد شرحنا ذلك فى الكلام فى الموصى له إذا عرفه الموصى بالوصف ، وكان محصوراً ، وذكرنا أن مصدر ذلك الحكم هو مذهب الامام مالك رضى الله عنه .

وإذا كانت الوصية تشمل عدة طبقات تتوارد على الوصية جيلا بعد جيل ، كالوصية بمنافع دار لذرية فلان ، فان الذرية لا يكون مسماها طبقة واحدة ، بل تشمل الطبقات التى تنتسب إليه ، ففى هذه الحال كان مقتضى الإطلاق أن تكون الوصية بالمنافع للذرية جيلا بعد جيل ، مهما يتكاثروا وينسلوا إلى أن ينقرضوا ، وربما لا يكون ذلك ، وهذا ما تدل عليه العبارات فى المذهب المالكى ، الذى هو المصدر الفقهى لأحكام القانون الخاصة بالموصى لهم المحصورين ، ولكن القانون لم يجعل فى هذه الحال الاستحقاق إلا لطبقتين

---

(١) بينت أحكام هذه الحال المادتان ٢٧ ، ٢٩ ، وهذا نصهما : إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة (من يحصون) بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين الوفاة أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين إنقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

المادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين ، لا تصح إلا للطبقتين الأولين ، فاذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أهل الطبقة الأولى ، أو انقراضهم ، واليأس من وجود غيرهم مع ملاحظة الأحكام الواردة بالمادتين السابقتين ، وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة ، إلا إذا كان قد أوصى بها ، أو ببعضها لغيرهم .

اثنتين فقط ، وهما الطبقتان الأوليان من ذرية الموصى له ، فاذا لم يكن أحد من هاتين الطبقتين عادت المنافع إلى ورثة الموصى تابعة للرقبة ، إذ الرقبة لم تخرج ملكيتها عنهم ، أو تعود المنفعة لمن نص عليهم بعد الذرية [1] .

وإذا كانت الوصية غير مرتبة الطبقات ، فان المنفعة توزع على من يوجدون من الطبقتين على عدد رءوسهم بالتساوى أو بغيره على حسب النص ، ففى كل عام يعد من الطبقتين من يتوافر فيهم سبب الاستحقاق ، وتوزع الغلات عليهم على حسب نص الموصى بالتساوى ، أو بالتفاضل الذى بينه .

وإن رتب الطبقات ، فان الغلة تكون لأهل الطبقة الأولى . من وجد ، ومن سيوجد إلى أن تنقرض تماماً ، ويكون اليأس من وجود أحد منها ، بأن يكون أب هذه الطبقة قد مات ، فان المنفعة تنتقل إلى الطبقة التى تليها لمن وجد منهم ، ومن سيوجد ، إلى أن ينقرضوا ، وتعود المنفعة إلى الورثة من بعدهم ، أو لمن نص عليهم بعد الذرية .

وقد قيد الانتفاع بهاتين الطبقتين فقط برأى اجتهادى ، لأنه لوحظ أن الوصية على الذرية ، وقد تتكاثر الذرية ، حتى يكون ما يخص كل واحد قليلا ، ويجرى التنازع بينهم ، ويأكل النظار الغلات ، ولا يأخذ المستحقون إلا الفتات المتساقط من أيديهم ، فرؤى قصره على طبقتين ، وقد لوحظ ذلك فى الوقف ، والوصية بالمنافع التى هى أخت الوقف ، فهما يتشاكلان فى الحقيقة والمظهر ، حتى عدهما الفقهاء فى كثير من الأحوال نوعاً واحداً ، فلما قيد الوقف على الذرية بطبقتين ، قيدت الوصية بالمنافع للذرية بطبقتين أيضاً .

١٢٥ — هذه هى أحكام الوصية بالمنافع للمحصورين ، ويجب التنبيه على ثلاثة امور : الأمر الأول — ان القانون لم يصرح بمن تصرف له الغلة إذا انقرضت الطبقة

(١) كان هذا ليتفق قانون الوصية مع الوقف ، وقد فسر قانون الوقف معنى الطبقة فى المادة الخامسة ، فاعتبر كل من يسمي أو يعين بالتعيين طبقة ، فإذا قال أوصيت لأولاد فلان فلان وفلان ، وأولادهم فلان وفلان ثم من بعده لمن رتبهم اعتبر المسمين طبقة ، والثانية من يجيئون بعدهم ، وإن لم يسم رتب ، أو لم يرتب ، فكل بطن طبقة .

الأولى، ولم يكن يأس من وجود آحاد منها فى المستقبل كأن يوصى لذرية شخص ويكون له أولاد ثم يموتون فى حياته عن أولاد لهم ، فلمن تكون الغلة ؟ أتصرف إلى الطبقة الثانية . وقد اشترط القانون لاستحقاقها اليأس من وجود أحد من الطبقة الأولى ، ولم يكن هذا اليأس بعد ، أم إلى الورثة تبعاً للعين ، باعتبار أن شرط الاستحقاق للجهة الثانية لم يوجد ، فنسير على مقتضى الأصل ، وهو تبعية الغلة للعين ؟ الظاهر هو ذلك لهذا السبب ، وعدم امكان إعطاء الطبقة الثانية ، لعدم توافر سبب الاستحقاق .

الأمر الثانى — أن نصيب من يموت لا يكون لذريته إلا بنص ، وهذا مخالف لقانون الوقف ، فى الوقف على الذرية ، إذ نصيب المستحق ينتقل إلى ذريته بمقتضى المادة ٣٢ ، إذا كان الوقف مرتب الطبقات ، ولو لم يشترط الواقف ذلك ، ولقد ذكرت لجنة العدل بمجلس الشيوخ أنه إن نص على الطبقة الثالثة تكون الوصية صحيحة ، إن كانت بامتلاك العين ، وتكون المنفعة للموصى لهم تبعاً للعين ، وإن لم يكن نص تعود العين بمنفعتها لورثة الموصى .

الأمر الثالث — أن مسأله نقض القسمة هنا ، ليست كالوقف ، إذ الطبقة الثانية تستحق بالتساوى دائماً إذا لم ينص على غيره ، وإذا كان الموصى قد اشترط أن ذرية من يموت من الطبقة الأولى يكون نصيبه لذريته ، فالظاهر أنه تنقض القسمة عند انقراض الطبقة الأولى ، لأن القسمة على الطبقة الثانية تكون بالتساوى بمقتضى ما تدل عليه العبارات التي اقتضت الترتيب .

وترى من هذا مخالفة أحكام الوصية للوقف فى أمر واحد ، قد اتحد فيه الغرض ، والموضوع والوضع الفقهى ؛ فإن الوصية فى مثل هذه الأحوال كالوقف من كل الوجوه ، وقد أقر القانون بهذه الحقيقة ، ولذا قيدها بطبقتين كما قيده ، وكان ينبغى أن تتحد الأحكام فيها فى هذا الموضع من كل الوجوه . بسبب ذلك الاتحاد ، إذ حيثما اتحد المقصد من التصرف وموضوعه ، وجب أن يتحد العلاج والتنظيم بالقانون .

١٢٦ — وإن تقييد الاستحقاق بطبقتين قد اعتمد فيه واضع القانون على

رأى ابن أبى ليلى الذى يمنع الوصية بالمنافع إطلاقاً ، ففى إجازة صرف الغلات إلى طبقتين كان المعتمد مذهب مالك ، وفى المنع فيما وراء ذلك كان المعتمد هو رأى المانعين للوصية بالمنافع إطلاقاً ، والدافع إلى ذلك التلفيق هو ما لاحظه واضعوا ذلك القانون من قلة الأنصبة عند كثرة المستحقين ، وفساد الإدارة ، وخراب الأعيان ، بسبب تلك الكثرة ، وقلة الأنصبة ، كما أشرنا من قبل .

١٢٧ — هذه أحكام الحال الرابعة من أحوال الموصى لهم بالمنافع ، ولننتقل إلى بيان الحال الخامسة ، وهى حال[1] الموصى لهم إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ، لقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالمساكين ، أو لجهة من جهات البر كمسجد ، ومستشفى ، وفى هذه الحال إن كانوا موجودين وقت وفاة الموصى استحقوا المنفعة المدة المعلومة ، كالمعين[2] ، فإنه يأخذ المنفعة المدة المعينة ، ثم بعد انتهاء المدة تؤول المنفعة إلى جهة البر ، وإن كانوا غير موجودين وقت الوفاة ، ويظن وجودهم بعدها ، فإن الغلة تكون لجهة بر عامة حتى يوجد من المحصورين من يستحقها فإنه يأخذها ، وتستمر لهم إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فمثلا إذا قال أوصيت لبنى فلان بغلات عشرين فداناً من أرضى لمدة خمسين سنة ، ومن بعدهم تكون لمستشفى المواساة ، فإن كانوا موجودين وقت

---

(١) بينت أحكام هذه الحال المادة ٥٣ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ، ولقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر ، ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى ، أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة ، أو وجد فى خلال هذه المدة ، وانقرض قبل نهايتها ، كانت المنفعة فى المدة كلها ، أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر » .

(٢) لم يذكر القانون الوصية لمعين ، ومن بعده على جهة البر ، والحكم فى هذه الحال واضح من مجموعة أحكامه ، فإنه يستحق المنفعة فى المدة المعينة ، إن كانت المدة معينة ، ويستحق طول حياته إن لم تكن معينة ، ومن بعدها لجهة البر . وكذلك لم يصرح القانون بالحكم إذا كانت الوصية غير مؤقتة لمحصورين ، ومن بعدهم على جهة بر ، وفى هذه الحال يأخذ طبقتان ، ومن بعدها تكون لجهة البر .

وفاة الموصى استحقوا الغلة ، وتبتدئ المدة لهم ، وإن لم يكونوا موجودين ، تبتدئ المدة من وقت وجودهم ، وتكون الغلات لجهة بر عميمة النفع ، حتى يوجدوا بمقتضى أحكام المادة ٢٨ ، لأن الوصية لم يبتدئ تنفيذها لهم ، وما دامت لم تنفذ فالغلات لجهة بر عميمة النفع ، لأن الوصية فى هذه الحالة وقف كما جاء فى المذكرة التفسيرية .

وقد يحدث أن تستمر الوصية أمداً طويلا لا تنفذ ، ففى هذه الحال قد ذكر القانون مدة معلومة هى ثلاث وثلاثون سنة تكون الغلات بعدها لجهات البر .

وعلى ذلك إذا لم يوجد أحد من أولاد فلان هذا فى مدى ثلاث وثلاثين سنة لا تكون المنفعة فى المدة المعينة لبنى فلان وإن وجدوا من بعد ذلك ، أى أن مرور ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقهم ، لأنها أقصى المدة التى تسمع فيها الدعاوى فى الشريعة ، وأقصى المدة التى تسقط بها الحقوق فى القانون المدنى ، ولكن لا تكون المنفعة فى المدة المعلومة أو باقيها لمن يلى هؤلاء المحصورين ، بل تكون لجهات البر التى يعم نفعها ، سواء أكانت هذه الجهة التى نص عليها أم غيرها .

(٢) وإن لم يوجد المستحقون للوصية أصلا ، وحصل اليأس من وجودهم بأن مات الرجل ولم يعقب ، فالغلة بعد اليأس وقبله كالغلة بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة تكون لأعم جهات البر نفعاً ، إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فتكون لجهة البر المنصوص عليها .

(٣) وإن وجد المستحقون ، ثم انقرضوا مع اليأس من وجودهم ولم تنته المدة المعلومة ، ففى هذه الحال تكون الغلات إلى نهاية المدة لجهات البر الأعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة تكون المنفعة لجهة البر .

١٢٨ — هذه خلاصة ما فهمناه من نصوص المادة ٥٣ والمادة مجملة ، وإليك نص المذكرة فى تفسير هذه المادة :

« إن كانت الوصية لمحصورين كأولاد زين مدة معينة ، ومن بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالفقراء ، أو لجهة من جهات البر ، كانت العين الموصى بمنفعتها وقفاً ، فتخرج العين عن ملك الواقف ، وعلى هذا الأساس إذا لم يوجد أحد من

المحصورين أو وجد بعد ثلاث وثلاثين سنة[1] شمسية من وقت موت الموصى ، أو استحقوا الوصية ، وانقرضوا قبل انتهاء مدة المعينة لهم كان الوقف متقطعاً فى كل المدة أو باقيها ، وتكون المنفعة حينئذ لما هو أعم نفعاً للعباد ، سواء أكان جهة البر الموصى لها ، أم جهة بر أخرى أعم نفعاً ، لأن المقصود التقرب إلى الله ، والمصلحة فى أن تصرف الوصية لما هو أعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة المعينة تكون الوصية للجهة الموصى لها » :

هذا نص المذكرة التفسيرية ، وتراها لم توضح مبهم المادة إلا قليلا ، ولم تفصل ما أجملت ، ومع إبهامها نلاحظ عليها أمرين :

أولهما — أنها ذكرت أن الوصية على هذا النحو تكون وقفاً ، ولا شك فى هذا ، وقد قررنا أن كل وصية لمن لا يحصون أو لجهة بر لا يظن انقطاعها أو تنتهى إلى ذلك تكون وقفاً ؛ ولكنها ذكرت أن العين تخرج من ملك الواقف ، وهذا لا يتفق مع أحكام قانون الوقف ولا مع أحكام الوصايا ؛ لأن الوصية لمن يحصون ، ومن لا يحصون مأخوذة من مذهب مالك ، وأكثر أحكام قانون الوقف الجديد مأخوذة من مذهب مالك ، وخصوصاً الوقف المؤقت ، والوقف المنقطع ، ولهذا وجب الأخذ فى حكم أعيان الوقف من حيث الملكية بمذهبه ، وهو يقرر أن الوقف لا تخرج فيه العين عن مالكها الأصلى ، وخصوصاً أن القانون جعل الوصية لمن لا يحصون فى حكم الوقف ، ولم يشترط أن تكون الوصية بمنفعة عقار ، بل أجازها بمنفعة كل ذى منفعة ، فكان ذلك سيراً على مقتضى مذهب مالك ، ولكن واضعى المذكرة نهجوا منهج القديم ، وهو مذهب أبى حنيفة وقالوا هذا القول .

ثانيهما — أن المذكرة ذكرت أنه وقف منقطع ، ولم تبين مبدأ الانقطاع أهو من وقت الوفاة ، أم من بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة ، وبعد اليأس من

---

(١) فى أصل المذكرة (ثلاثين سنة) ولكن المذكرة كانت موضوعة على أساس مشروع القانون قبل تعديله ، وقد عدل على أساس ٣٣ سنة هـ .

وجوده مع ملاحظة أنهم إن كانوا موجودين وقت الوفاة ، ثم انقرضوا ، وحصل اليأس من وجودهم يكون الانقطاع من ذلك الوقت ، أما إذا لم يوجدوا أصلا أو لم يوجدوا إلا بعد مضى المدة ، فذلك من مواضع الإبهام ولم تتعرض له بشيء .

١٢٩ — لهذين الأمرين وغيرهما لم نعتمد على المذكرة فى توضيح المادة ، وفتح مغلقها ، بل اعتمدنا على القانون فى تفسيرها ، واستضأنا بالمبادىء العامة لهذا القانون ؛ ومصادره الفقهية فى المواد الخاصة بالوصية لمن لا يحصون ، فكان عمادنا فى التفسير يقوم على ثلاثة أمور :

أولها — كون المواد الخاصة بالوصية لمن يحصون ومن لا يحصون ، والذين سيوجدون من بعد مأخوذة بوجه عام من مذهب الإمام مالك ، وهو يقرر أمرين : (أحدهما) أن ملكية العين فى الوصية بالمنافع لا تخرج عن الموصى وورثته ، وأن الوصية إذا لم تنفذ تكون الغلة فى الملكية تابعة للعين ، والوصية إذا لم يوجد الموصى لهم المحصون ، ولم تمض مدة ثلاث وثلاثين سنة لم تنفذ ، ولم يوجد حكم قانونى قد صرح به فى توزيعها ، فلم يبق إلا أن نرجع إلى الأصل الفقهى لهذا النوع من الوصايا ، فيها وهو مذهب مالك ، فتكون الغلة للورثة لو لم يكن نص ولكن نص على جهة البر الأعم نفعاً فتكون لها بمقتضى نص القانون فى المادة ٥٣

ثانيها — أن المادة ٢٧ تجعل الغلة للورثة إلى أن يوجد المستحقون للوصية ولفظها عام ، فتدخل الحال التى أبهمت فى المادة ٥٣ فى عموم المادة ٢٧ ، فيكون لها حكمها إذا لم يوجد نص ، ولكن وجد النص فتكون لجهة البر الأعم نفعاً .

ثالثها — أن الحقوق فى القانون المدنى تسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، أياً كان نوعها ؛ فجعل تلك المدة أمداً محدوداً فى الوصية يومىء إلى أن حق الموصى لهم يسقط بمضيها من غير أن يوجدوا ، وهذا هو المعقول . والله العليم بالصواب .

هذا هو مبهم المادة ، وهذا هو تفسيره ، أما الغلات فى المدة المعينة بالوصية بعد وجودهم ثم انقراضهم واليأس من وجودهم ، أو عند اليأس العام من وجودهم . فقد صرحت بحكمها المادة إذا لم تكن المدة المحدودة قد انتهت .

تقدير المنفعة[1]

١٣٠ م — الوصية تنفذ فى الثلث من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، أما فى الزائد على الثلث ، فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، وهذا تقديره ظاهر فى الوصية بحصة معينة من التركة بأعيانها ومنافعها ، أما فى الوصية بالمنفعة وحدها ، فتقديره يحتاج إلى بحث واستقصاء ونظر ، وذلك لأن ملكية المنفعة ملكية ناقصة ، فكيف تقدر بالنسبة للرقبة ، وكيف يكون تقديرها بالنسبة للتركة عامة .

ولقد قسم القانون المنافع الموصى بها بالنسبة لتقدير قيمتها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — تقدير الحقوق ، وهى من أنواع الوصية بالمنافع كما بينا ، وتقدر بمقدار أثرها فى العين التى حملت هذه الحقوق ، فقيمة الحق كحق الشرب مثلا تقدر بالفرق بين قيمة العقار محملا بهذا الحق ، وقيمته غير محمل بهذا الحق ، فإذا كان الفرق عشرين جنيها مثلا ، كان هذا الفرق هو قيمة حق الشرب الموصى به مثلا ، وبذلك تكون نسبته إلى قيمة التركة عامة ، وعند تزاحم الوصايا يقدر بهذا القدر عند المحاصة فيها ، وهذا بلا فرق بين أن تكون الوصية مؤقتة بمدة أو مطلقة ، بيد أنها إن كانت مؤقتة بمدة قدرت العين محملة بالحقوق فى هذه المدة ، وإن كانت مطلقة قدرت العين محملة بالحق تحميلا مطلقاً عن المدة .

القسم الثانى — الوصية بمنافع عين أو ببعضها مؤيدة أو مطلقة ، أو بمدة حياة الموصى ، أو بمدة معلومة تزيد على عشر سنين ، فى هذه الحال تقدر الوصية بقيمة

---

(١) تعرضت لبيان تقدير المنفعة المادتان ٦٢ ، ٦٣ ، وهذا نصهما :

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو بعضها ، وكانت مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقية العين الموصى بكل منافعها ، أو ببعضها ، فإن كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به ، وقيمتها بدونه .

العين نفسها ، فإذا أوصى بمنفعة عقار مطلقاً أو على التأبيد أو لمدة إحدى عشرة سنة تقدر المنفعة بقيمة العين نفسها ، لأن أمل الورثة فى الانتفاع بها بأنفسهم احتمال تحققه ليس بقريب ، فكأن الورثة بأنفسهم قد نقص منهم ذلك القدر من الأعيان الذى أوصى بمنفعته ، ويجب أن يتوافر لهم الثلثان من التركة على وجه اليقين ، لأن حق الموصى فى الوصايا لا يتجاوز الثلث بيقين ، وبما أن ذلك لا يتم بفرض تنفيذ الوصية بالمنفعة ، إلا إذا تأكدنا أن العين تخرج من الثلث ، كان النظر عند تقدير المنفعة بقيمة العين نفسها ، ليكون للورثة ضمان الثلثين لهم ينتفعون بهما فى حياتهما .

القسم الثالث — الوصية بمنافع عين ، أو بعضها مدة عشر سنين ، أو أقل وتقدر الوصية بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة ، أى تقدر المنفعة بأجرة المثل للعين فى هذه المدة ، وذلك هو الأصل فى تقدير المنافع ، وهو التقدير الحقيق ، وقد عدل عنه إلى غيره فى القسم الثانى للسبب الذى بيناه هناك .

١٣١ — هذه هى طرق تقدير الوصية بالمنفعة ، كما جاءت فى القانون ، ولننتقل إلى كلام الفقهاء فيها ، لنعرف مأخذ القانون منها .

للفقهاء رأيان فى تقدير الوصية بالمنفعة لمدة معلومة :

(الأول) رأى أبى حنيفة وأصحابه ومعهم بعض الفقهاء أن الوصية بالمنفعة تقدر بالعين الموصى بمنفعتها أيا كانت المدة ، فإن كانت العين تخرج من الثلث نفذت ، وإن لم تخرج من الثلث لا تنفذ ، وعللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث مدة ، قلت أو كثرت ، وتفويت للمقصود من الأعيان ، وهو الانتفاع بها ، وكل منع للحق يعتبر الحق الممنوع من الثلث ، كما لو أحل المريض مرض الموت ديناً معجلا لا ينفذ على الورثة إلا فى الثلث ، وإن كان التأجيل لا يتضمن إبطال ملك الدين ، لكن لما كان فيه منع للوارث عن الدين قبل حلول الأجل لم يصح إلا فى قدر الثلث ، فكذلك ههنا[1] ، لا تنفذ إلا فى الثلث ، ويقدر الثلث بقيمة الأعيان .

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٠٣ .

(الرأى الثانى) رأى الشافعية والحنابلة ومعهم بعض الفقهاء ، وهو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها فى مدة الوصية ، لأن تقدير قيمة الوصية بقيمة ما يناله الموصى له منها ، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ، ولقد بين المغنى طريقة تقويمها فقال :

« متى أريد تقويمها ، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة — قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة فى تلك المدة فينظر كم قيمتها وإن كانت الوصية مطلقة فى الزمان كله ، فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها ، ويعتبر خروجها من الثلث ، لأن عبداً لا منفعة له ، وشجراً لا ثمرة له لاقيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له[1] » .

وترى من هذا أن المنفعة تعتبر قيمتها قولا واحدا عند الحنابلة ، إن كان لها مدة معلومة ، فإن كانت مطلقة كان القول الراجح أن تكون قيمتها قيمة العين ، وبذلك أخذ القانون تقريبا ، فهو قد اعتبر قيمة العين إذا كانت الوصية بالمنفعة مدى الحياة أو على التأبيد ، أو لمدة تزيد على عشر سنين ، واعتبر قيمة الوصية بقيمة المنفعة ، إذا كانت الوصية بالمنافع مدة معلومة لا تزيد على عشر سنين .

وقد قالت المذكرة التفسيرية إنها أخذت أحكام القانون من مذهب أبى حنيفة فى الحال الأولى ، وأخذته من الشافعى فى الحال الثانية .

وإنه لو اعتبر مذهب أحمد أصلا له فى كل أحكامه هنا لكان ذلك أحكم ، لأنه يشتمل بأقواله على كل أحكام هذه المواد .

١٣٢ — ويجب التنبيه هنا إلى أن بعض الوصايا بالمنافع مهما تكن مدتها قدر القانون فيها قيمة الوصية بقيمة العين الموصى بمنفعتها ، وهى مقيدة بمدة ، ولو كانت دون عشر سنين ، وهى الوصية بالقرض ، فأخذها جملة من مذهب أبى حنيفة كما بينا ، وحسنا فعل القانون فى ذلك ، لأن تقدير قيمة المنافع فى

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٧٨ .

هذه الحال يدخل فى باب الربا ، والفوائد ، وهو ما أجمع الفقه الإسلامى على رفضه وعدم الأخذ به .

ملكية العين الموصى بمنفعتها

١٣٣م — إذا كانت الوصية بالمنافع على التأبيد . وعلى جهة لا يظن انقطاعها[1] أو تنتهى فى مآلها إلى جهة لا يظن انقطاعها ، فهى بعد الموت وتنفيذها تكون فى حكم الوقف ، أو على التعيين وقفاً ، لأنها بعد ذلك تأخذ خواصه وأحكامه ، وعلى ذلك تكون العين الموقوفة ، وتكون ملكيتها كملكية الوقف على مقتضى الأحكام المعمول بها اليوم ، والوقف من حيث إنشاؤه ، ومن حيث جوازه مؤقتاً ومؤبداً ، قد اعتمد فى هذه الأحكام على مذهب مالك رضى الله عنه ، وعلى ذلك الأساس نقول إن العين الموقوفة تكون فى ملك الواقف ولكن لا يجوز التصرف فيها ، بدليل أنه إذا انتهى الوقف المؤقت آلت إليهم العين بغلاتها ، وأخذوها ميراثاً عنه ، وهذا بحث نظرى لا جدوى عملية فيه ، إلا من حيث أنه إذا بطلت الوصية تكون العين للورثة ، أى أن المنافع مع العين تكون لهم إذا لم توجد الجهات التى خصصت لها ، أما إذا حصل انقطاع فله حكم آخر ولقد جعل القانون حكم الانقطاع فى الوصية بعد نفاذها وثبوتها ليس كحكم بطلانها ، فجعلها فى حال الانقطاع فى أولها أو فى وسطها ، لجهة البر عامة ، وقد شرحنا ذلك فيما أسلفنا من قول ، فقد بينا أنه إذا كان اليأس من وجود الموصى لهم بالمنفعة المحصورون ، ولم تكن مدة الوصية لهم قد انتهت صرفت الغلة قبل انتهائها لجهات البر التى يعم نفعها ، وكذلك إذا وجدوا ثم انقرضوا وحصل اليأس من وجودهم قبل انتهاء المدة المقررة لهم ، فإنه يصرف لجهة بر عامة حتى تنتهى المدة ، فتصرف الغلات بعدها لجهة البر المنصوص عليها أخيراً التى لا يظن انقطاعها.

(١) أما الجهة التى يظن انقطاعها محصورة أو غير محصورة ، فهى كالوصية بالمنافع لمعين تكون العين للورثة ملكاً يجوز التصرف فيه .

وإذا كان ذلك حكم الانقطاع فى الأول والوسط ، فكذلك حكم الانقطاع فى الآخر بالقياس عليهما ، فانه إذا انتهت الجهة التى لا يظن انقطاعها ، فإنه فى هذه الحال تصرف الغلات إلى جهات بر أعم نفعاً ، لأن الوقف مآله دائماً إلى الفقراء ، وإن لم ينص على ذلك ، وقد قررنا أنها وقف فتأخذ حكمه .

١٣٤ م — وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصورين ، فان ملكية الرقبة تكون للورثة ، وقد يوصى بالمنفعة لشخص أو أشخاص ، وبالرقبة لآخر ، أو آخرين ، فتكون المنافع فى هذه الحال لشخص ، والرقبة لشخص آخر ، وثمرة ملكية الرقبة تظهر فى أنها تنتقل بالوراثة ، وأنه متى انتهى الأمد المحدود للوصية بالمنافع تنتقل المنفعة تابعة للرقبة — لمالك الرقبة .

وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصور تجعل حق المنتفع فى المنفعة فقط ، وحق الآخر فى الرقبة ، أو الرقبة للورثة ، فقد اقتضى ذلك التوزيع بعض الأحكام قد تصدى القانون لها وذكر أمرين[1] :

أحدهما — أن نفقات العين الموصى بمنفعتها فى مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة تكون عليه ، سواء أكانت نفقات الحفظ والصيانة أم نفقات البقاء ، وذلك لأنه هو المنتفع ، وهذه النفقات ضرورية لبقاء العين صالحة للانتفاع ، وكذلك الضرائب تجب على المنتفع ، لأنها مفروضة على الانتفاع ، ولذلك تقدر بنسبة ما تغله العين .

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« إذا أوصى لشخص برقبة عين ، والآخر بمنفعتها جازت الوصيتان ، وتكون الضريبة ، وكل ما يلزم لاستيفاء المنفعة على الموصى له بالمنفعة ، وإذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للانتفاع بها ، أو لم يدفع ما عليها من

(١) ذكرت ذلك المادتان ٥٨ ، ٦٠ ، وهذا نصهما :

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ، ولآخر بالرقبة ، فان ما يفرض على العين من الضرائب ، وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى اجازة الموصى له .

الضرائب فأنفق صاحب الرقبة فيما تحتاج إليه العين من الإصلاح لبقائها عامرة أو دفع ما عليها من الضرائب كان ما دفعه حقاً فى غلة العين يستوفيه منها قبل الموصى له بالمنفعة .

وإذا لم تثمر العين الموصى بمنفعتها ، أو لم تغل فى سنة من السنين لسبب خارج عن إرادة الموصى له بالمنفعة ، أو كان يزرع الأرض سنة ، ويتركها أخرى لمصلحته فى الاستغلال ، فانه يلزم بما يكون عليها من ضرائب فى السنة التى لم تغل فيها.

وهذا كله إنما يجب على المنتفع لأنه مغارم الانتفاع ، والغرم بالغنم ، فاذا كان له غنمها فعليه غرمها ، وهذا مفروض فيما إذا كانت العين تغل فعلا ، واستغلها ، وكذلك إذا كانت صالحة للاستغلال ولم يستغلها ، أما إذا كانت غير صالحة للاستغلال ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فانها لا غنم فيها ، فنفقات إصلاحها على مالك الرقبة ، سواء أكان هو الموصى له أم الورثة ، وهذا ما جاء فى المذكرة التفسيرية : « إذ كانت العين غير صالحة للانتفاع بها ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فإن نفقة إصلاحها ، وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصى له بالرقبة ، وكل هذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبى حنيفة » .

ثانيهما — أن مالك الرقبة له حق بيع العين ، لأن ملكيته لها تنتقل بالميراث وليست مؤقتة بحياته ، فيجوز التصرف فيها ، بكل التصرفات السائغة شرعاً ، وقد نص القانون على ذلك الحق للورثة فى حال ملكيتهم للرقبة ، وهو يثبت بالقياس للموصى له بالرقبة فى الملكية فى مدة انتفاع الآخر ، كحق الورثة عند الوصية بالمنفعة فى مدة انتفاع المنتفع ، وما ثبت لأحد المثلين يثبت للآخر بالقياس .

وإذا بيعت العين لغير الموصى له بالمنفعة انتقلت إليه العين بجميع حقوقها ، ما عدا حق الموصى له بالمنفعة ، فان البيع لا يؤثر فيه ، بل يستمر له حقه ، حتى تنتهى مدته أو إلى آخر حياته ، إن كانت الوصية بالمنفعة مدة حياته .

١٣٥ — هذه هى الأحكام التى نظم بها القانون العلاقة بين مالك الرقبة

ملكا حراً ، ومالك المنفعة فى حال اختلاف الملكية فيهما بسبب الوصيه لمعين أومحصور ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية فى الأمر الأول أنه أخذ من مذهب الحنفية ، وفى الأمر الثانى أنه أخذ من مذهب أبى يوسف ، فلننظر فى ذلك ، لنرد القانون إلى أصله .

أما عن الأمر الأول . فهو حقيقة مذهب أبى حنيفة ، وقد ذكر المغنى آراء الفقهاء فى هذه المسألة فقال :

« ونفقة العبد الموصى بخدمته يحتمل أن تجب على صاحب الرقبة ، وهذا الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد ، وهو قول أبى ثور ، وظاهر مذهب الشافعى ، لأن النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر ، وكما لو لم يكن له منفعة . . . ويحتمل أن تجب على صاحب المنفعة ، وهو قول أصحاب الرأى ، والاصطخرى ، وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يملك نفعه ، فكانت النفقة عليه ، ولأن نفعه له ، فكان عليه ضره ، كالمالك لهما جميعاً ، يحققه أن إيجاب النفقة على من لانفع له ضرر مجرد ، فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبدى ، وأبقيت على ورثتى ضره ، وإن أوصى بنفعه لإنسان ، ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ، ولهذا بضره ، والشرع ينفى هذا بقوله : « لاضرر ولا ضرار » ولهذا جعل الخراج بالضمان ، ليكون ضره على من له نفعه ، وفارق المستأجر ، فان نفعه فى الحقيقة للمؤجر ؛ لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن منافعه »[1] .

وقد تبين من هذا أن فقهاء أهل الرأى هم الذين يرون أن نفقات العين ؛ وضرائبها على المنتفع ، وبين أنه رأى فى مذهب أحمد ، وأنه الأصح ، ووجهه أحسن توجيه .

أما الأمر الثانى . وهو صحة التصرف بالبيع ونفاذه ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مذهب أبى يوسف ، وأنه موافق للمذاهب الأخرى .

وكون ذلك الرأى فى المذاهب الأخرى — موضع تسليم ، أما كون هذا هو رأى أبى يوسف ، فهو موضع نظر ، وذلك لأن المقرر فى المذهب الحنفى (من

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٧٩ .

غير ذكر خلاف فيه) أن بيع العين التى يكون لشخص منفعتها يكون موقوفا على إجازة مالك المنفعة ، فإن أجازه نفذ ، وإن لم يجزه استمر البيع موقوفا حتى تنتهى مدة الانتفاع ، فالمالك للعين المستأجرة يتوقف نفاذ البيع منه حتى يجيز المستأجر ، أو تنتهى الاجارة ، فكذلك إذا باع مالك الرقبة العين الموصى بمنفعتها لغيره يكون البيع موقوفا على إجازة الموصى له بها ، بل حق مالك الرقبة أضعف من حق المؤجر ، ولقد جاء فى المبسوط ما يفيد هذا ، فقد قال : « ولو أوصى لرجل بغـــلة أرضه ، ولآخر برقبتها ، وهى تخرج من الثلث ، فباعها صاحب الرقبة ، وسلم صاحب الغلة البيع جاز وبطلت وصيته ، ولا حق له فى الثمن ، لأن الملك لصاحب الرقبة ، وحق صاحب الغلة فى المنفعة ، فاجازته البيع تكون إبطالا لحقه فى المنفعة ، ويسلم الثمن لصاحب الرقبة كما لو باع الآخر العـــين المستأجرة ، ورضى به المستأجر »[1].

والذى يذكر فيه العلماء خلاف أبى يوسف رضى الله عنه هو فى الحال التى تكون فيها العين الموصى بمنفعتها لا تخرج من ثلث التركة ، أيجوز للورثة أن يبيعوا نصيبهم الخاص فى العين ، وهو على الشيوع ، أم لا يجوز ، ففى رواية لا ينفذ البيع إلا باجازة الموصى له بالمنفعة باتفاق أئمة المذهب الحنفى ، وفى رواية عن أبى يوسف ينفذ بيع نصيبهم من غير إجازة الموصى له ، وإليك الموضوع كما فى المبسوط :

« ولو أوصى بسكنى دار سنة ، ولا مال له غيرها ، فإنه يسكن ثلثها سنة ، ويسكن الورثة الثلثين ؛ لأن الدار لا يمكن قسمتها بالأجزاء . . . وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار إلا فى رواية عن أبى يوسف ، يقول إن ذلك حقهم على الخلوص ، فينفذ بيعهم فيه ، لكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت فى سكنى جميعها ، بدليل أنه لو ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ، ولو خرب ما فى يده من الدار كان له أن يزاحم

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٦ .

الورثة فيما فى أيديهم ، وفى البيع إبطال حقه ، فكانوا ممنوعين من ذلك »[1] .

وهذا النقل يدل على موضع الخلاف بين أبى يوسف فى رواية عنه وغيره . ولا خلاف بينه وبين غيره فى توقف نفاذ البيع فى الجزء الموصى بمنفعته على إجازة الموصى له أو انتهاء مدة الانتفاع .

وكون القانون له أصل فقهى أمر مقرر ، وهو فى مذهب ابن حنبل وغيره ، وإنما موضع النظر هو النقل عن أبى يوسف والله أعلم .

طريقة الانتفاع

١٣٦ م — نظم القانون طريقة الانتفاع للمنتفع ، فبين أيكون الانتفاع بالاستعمال أم بالاستغلال ، أم بأيهما أراد ، وبين طريقة الاستعمال ، وطريقة الاستغلال ، وكان فى ذلك موسعاً مطلقاً ، ولم يكن مقيداً مانعاً .

فقد كان مذهب أبى حنيفة الذى كان معمولا به من قبله مقيداً طرائق الانتفاع غير موسع على المنتفع ، وجاء القانون مبيحاً وموسعاً ، فقد أجاز للموصى له بالمنفعة الانتفاع بالاستعمال أو الاستغلال[2] إن كانت العين تصلح لهما من غير أن يتقيد بشرط الموصى ، فإن شرط الاستغلال فقط ، أو الاستعمال فقط ، فله أن ينتفع بغيره ، ولا يتقيد فى الانتفاع ، إلا بشرط واحد ، وهو ألا ينتفع انتفاعاً يضر بالعين .

وذلك الاطلاق مبنى على أن كل شرط لا تتحقق فائدته لا يلتفت إليه ، وقد يكون فى التقيد بشرط الموصى فوات الانتفاع ، فمن أوصى له بسكنى دار ، وتقيد فى الانتفاع بالسكنى ، ولم يسغ له الاستغلال ، إن اضطر إلى الاقامة فى

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٨٢ .

(٢) هذا ما اشتملت عليه المادة ٥٤ ونصها : « إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها » .

بلد بعيد عن البلد الذى به الدار يفوته الانتفاع بالوصية ، فلا يكون فى التقيد أى فائدة . وفيه ضرر مؤكد .

وإن القانون قد اعتمد فى ذلك التوسع على مذهب الشافعى وأحمد ، وهو فى هذا الإطلاق ينهج فى الوصية المنهاج الذى نهجه فى الوقف ، فالموقوف له السكنى أو الاستغلال — له الأمران من غير قيد يقيده باشتراط الواقف ، فكانت الوصية والوقف فى هذا متحدين ، لاتحاد الغاية من الوقف مع الوصية بالمنافع فى الجملة ، وإن كانت حقيقة الوقف مختلفة عن حقيقة الوصية .

١٣٧ — هذا هو المعمول به الآن ، وقد كان المعمول به من قبل ، وهو مذهب أبى حنيفة أنه إن نص على جواز الانتفاع بالاستغلال ، أو الاستعمال حيثما أراد فللموصى له الانتفاع بأيهما شاء ، وإن نص على السكنى ، فليس له الاستغلال قولا واحداً فى المذهب الحنفى ، لأنه ملك الانتفاع بغير بدل ، فلا يملكه غيره ببدل ، ولأنه يتقيد فى الانتفاع بشرط الموصى ، وإن أوصى وشرط الاستغلال ، فلم يرو عن متقدمى المذهب الحنفى فيه شىء ، وللمتأخرين فيه قولان : (أحدهما) ذكر عن أبى بكر الاسكافى أن له ذلك ، (وثانيهما) ليس له ذلك ، ووجه الأول ، أنه ملك غيره السكنى ، فأولى أن يملكها هو ، ووجه الرأى الثانى أن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة ، وهى دراهم ودنانير ، والوصية بالاستعمال ، وصية بالاستعمال المباشر ، وهما غيران متباينان ، فذكر أحدهما ليس ذكراً للآخر[1] .

وإن أطلق فلم يذكر سكنى ولا استغلالا ، فهو على الخلاف الذى ذكرناه ، لأن الإطلاق ينصرف إلى الاستغلال ، وقد ذكرنا الوجهين فيه ، ووجه انصراف اللفظ عند الإطلاق إلى الاستغلال أن اللفظ المطلق لا يعم ، ولكن ينصرف إلى الفرد الكامل ، والانتفاع بالاستغلال أكمل من الانتفاع بالاستعمال .

(١) راجع فى هذا شرح التبيين وحاشيته ج ٦ ص ١٠٣ .

هذا ويلاحظ أنه إن منع من استعمال إحدى الطريقتين بالنص كان ممنوعا لأنه متقيد بشرط الموصى .

هذا مذهب أبي حنيفة ، ومذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما في الوقف والوصية أن المنتفع يملك في الوقف والوصية بالمنافع المنفعة ، وملك المنفعة يسوغ لمالكها حق الانتفاع بأي الطريقين شاء : الاستغلال أو الاستعمال ، من غير تقيد بأحدهما ، إلا إذا كان لا يمكن تحقيق المنفعة إلا بالاستعمال فقط كالوصية بمنافع الخانات ، وفي غير هذه الحال يملك الموصى له المنفعة ملكا كاملا ، فيملك التعويض عنها اذا كان موصى له بالاستعمال ، ويملك الاستعمال ان كان موصى له بالاستغلال .

ولقد وجدنا القانون أوسع رحاباً من مذهب مالك وأبي حنيفة[1] لأنه أطلق الانتفاع ، ولو نص على أن له السكنى فقط ومنعه من غيرها ولم يعطه إلا حق الانتفاع لاملك المنفعة ، وذلك لأن القانون ، قد سن مبدأ ، وهو اهمال الشروط التي لا تتحقق مصلحة في الأخذ بها ، فلا يحترم إلا ما كان فيه مصلحة ، وقد كان الأصل الفقهي أن الشروط تحترم إلا إذا قام الدليل على أن فيها ضرراً فلا يلتفت اليها ، والفرق بين الأصلين ، يتحقق في الشرط الذي لا مصلحة فيها ولا ضرر ، فالقانون يمنعه ، لأن التقييد في ذاته ضرر لامبرر له .

١٣٨ — واذا كانت المنفعة الموصى بها تخرج من الثلث ، أو تزيد عليه وأجاز الورثة الزيادة ، وكانت متعلقة بعين واحدة ، فإن الموصى له لا يكون له شريك فيها ، فلا قسمة بينه وبين غيره ، ولا تنظيم للتوزيع ، فاذا كانت غلة أخذها كاملة ، وإن انتفع بطريق الاستعمال استبد به وحده .

وإن كانت المنفعة مشتركة بين الموصى له والورثة ، أو بين عدد من الموصى لهم ، فإن طريق التوزيع الذي يختارونه ينفذ من غير تقييد لهم إلا باتفاقهم عليه ،

(١) ومذهب مالك أن الوصيه إن قامت القرائن فيها على أن الموصى يقصد بها تمليك المنفعة ، ملك الأمرين ، وإلا ملك الانتفاع بنفسه فقط .

أو قضاء القاضى بالعدل إن اختلفوا ، فإما أخذوا الغلة ووزعوها بينهم ، بنسبة ما يخص كل منهم ، أو بقسمة العين بينهم ؛ إذا لم يكن فيها ضرر لأحد ، وكانت تحتمل القسمة ، أو بقسمتها قسمة مهايأة مكانية ، بأن ينتفع كل واحد منهم بحصة من العين زماناً ، ثم يتبادلوا الحصص عاماً بعد عام ، فيحل كل محل الآخر فيما كان ينتفع به ، أو مهايأة زمانية ، بأن يأخذ كل واحد العين كلها زمناً ينتفع به ، ويأخذها الآخر زمناً آخر ، وتكون مقادير الأزمنة بنسبة حصص كل واحد فى الانتفاع[1] .

ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه « إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ، ولا المهايأة فيه يجتهد القاضى فى مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة للشريعة ، وما يراه أعدل وأنصف فى الموضوع » .

وفى الجملة كل ما يتفقون عليه طريقاً للانتفاع ينفذ ، وما لا يتفقون عليه ينفذ القاضى ما يطلبه المنتفع ، إن لم يكن فيه ضرر على الورثة ، كأن تكون العين عمارة تمكن قسمتها مع بقاء الانتفاع بكل قسم كالانتفاع به قبل القسمة ، ولكن يترتب على القسمة ضرر للورثة بما يترتب على القسمة من نفقات بناء للفصل بين القسمين ، ونفقات الهدم بعد انتهاء المدة المقررة للانتفاع ، فإذا طلب الموصى لهم بالمنفعة القسمة فى هذه الحال لا يجابون إلى ذلك ، ويجابون فى كل ما لا ضرر فيه .

ومأخذ هذه المادة هو مذهب الحنابلة والشافعية من إطلاق حق الانتفاع ، كما ذكر فى النبذة السابقة ، ومنع القسمة لأجل منع الضرر عن الورثة مأخوذ من مذهب مالك ، ومن القاعدة المقررة فى المذهب الحنفى وهى : « الضرر يزال »

---

(١) بينت هذه الأحكام المادة ٥٧ — وهذا نصها : « تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق ، أو زماناً أو مكاناً ، أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر » .

انتهاء الوصية بالمنفعة و بطلانها[1]

١٣٩ م — تنتهى الوصية بالمنفعة إذا انتهت مدتها المعلومة وانتفع الموصى له بها ، أو بموته إذا كانت مدة حياته ، أو مطلقة لمعين ، وإن كانت لمحصورين تنتهى بانقراض الطبقة الثانية على ماهو مبين فيما أسلفنا من قول ، وإذا كانت مؤبدة أو مطلقة لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة بر لا يظن انقطاعها ، فإنها تكون وقفاً على جهة التأييد لا ينتهى .

وقد بينا أحكامه إذا انقطعت ، ووقع ما لا يظن ، واستنبطنا من أحكام القانون العامة ، وبالمقايسة على بعض أجزائه أن الوصية تصرف على جهة من جهات البر العامة النفع .

هذا هو حكم انتهاء الوصية بالمنفعة ، وقد تبطل قبل تقررها أو تسقط بعد تقررها ، فتبطل أو تسقط بما يأتى :

أولا — إذا مضت المدة المعينة قبل وفاة الموصى ، فإنه فى هذه الحال تبطل الوصية ؛ لأن المدة المعلومة إذا مضت تكون كالموصى به المعين إذا هلك تبطل به الوصية ، فتبطل إذا مضت المدة أيضاً ، وقد بينا ذلك من قبل .

ثانياً — إذا مات الموصى له المعين قبل بدء المدة ، وكذلك إذا مات فى أثنائها ففى الحال الأولى تبطل الوصية كلها ، لعدم إمكان تحقيق إرادة الموصى ، وفى الثانية تبطل فى بعضها للسبب عينه .

ثالثاً — إذا أسقط الموصى له حقه فى الانتفاع ، سواء أكان ذلك الإسقاط بعوض أم كان بغير عوض ، وإسقاط الحق بغير عوض ثابت ، لأن من ملك شيئاً بغير عوض يملك تمليكه كذلك ، والإسقاط قريب من ذلك ، والإسقاط بعوض هو من قبيل المصالحة عليها بعوض ، وأن ذلك جائز بمقتضى أحكام

---

(١) بينت بعض أحكام ذلك المادة ٥٩ وهذا نصها : « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها ، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين » .

القانون العامة ، لأنه إذا جاز تمليك المنافع لغير الورثة فى نظير مال هو غلة العين ، فيجوز للورثة تعويضه عنها ، وقبول ذلك العوض ، وليس العوض إلا من هذا القبيل فلا يصح أن يمنع .

رابعاً — إذا استحقت العين ، فإنه باستحقاق العين التى أوصى بمنافعها يتبين أن العين لم تكون مملوكة للموصى ، فإن ذلك يكون كاستحقاق العين الموصى بها تبطل به الوصية .

هذه أمور قررها القانون معتمداً على الأصول المذهبية التى اشتقت منها أحكامه التى كانت أساساً لهذه الأمور ، وقد بينا الأصول لتلك الأحكام من المذاهب الفقهية المختلفة .

الوصية بالمرتبات[1]

١٤٠ — الوصية بالمرتبات فى أكثر أحوالها تدخل فى عموم الوصية بالمنافع وفى بعض الأحوال غير الكثيرة تكون الوصية بالمرتب ببعض التركة ، فإذا كانت الوصية بالمرتب من الغلة ، وهذا فى أكثر الأحوال فهى من قبيل الوصية بالمنافع ؛ لأنها جزء من غلات بعض الأعيان ، مرتب التوزيع على أوقات الزمان شهراً بعد شهر ، أو سنة بعد سنة ، على حسب نجوم المرتب ، وأزمانه .

وإن كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، لا من غلة بعضها ، فى هذه الحال تكون الوصية من قبيل الوصية بالأعيان لا بالمنافع ، وهذا فى القليل ، لا فى الكثير .

١٤١ — وإذا كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، فإنها تقيد بالثلث لا تنفذ فى أكثر منه[2] ، ولضمان تنفيذها تحبس عين من أعيان التركة تكفى غلاتها لسداد المرتب فى نجومه المختلفة ، إذا كانت المدة المقررة للمرتب طويلة ، وإذا كانت المدة قصيرة حبست عين تضمن بقيمتها المرتب فى المدة ، بحيث يستوفى من قيمتها ، إن لم يمكن استيفاؤه من غلاتها ، وقد قدرت المذكرة التفسيريه

(١) المرتب ، والراتب قدر من المال يعطى فى أوقات دورية متساوية فى الزمن ، كشهر أو سنة ، وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلانى لأجل إضاءته كل ليلة ، أو بمائة رغيف لفقراء ملجأ معين كل يوم ، أو بمائة أردب قمح لبنى فلان كل سنة ... الخ .

وقد تكون الوصية بالمرتبات لمدة معلومة ، أومدى الحياة ، أو على التأييد لجهة لا يظن انقطاعها كألفى جنيه للحرمين الشريفين .

وقد يكون المرتب لمعينين ، أو معرفين بالوصف محصورين ، أو لغير محصورين يظن انقطاعهم أو لا يظن ، وفى الجملة هى تأخذ من حيث الموصى به ولهم ما ذكرنا من الأحكام فيهما .

(٢) هذا ما نصت عليه ٦٤ ، ونصها : « تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، وإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ، ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له » .

مقدار المدة القصيرة ، بأنها عشر سنين فأقل ، والطويلة مازادت على ذلك ؛ واستمد هذا من المادة ٦٢ التى بينت تقدير المنافع فى المدد المختلفة ، إذ الوصية بالمرتب فى الجملة من المنافع ، وهذا نص ما جاء فى المذكرة التفسيرية .

« إذا كانت الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معينة توقف من التركة عين ذات إيراد تنفذ منه الوصية ، ولكن إن كانت المدة قصيرة ، وهى عشر سنين فأقل مادة — ٦٢ — ينبغى أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب فى المدة الموصى فيها ؛ لتكون ضماناً لاستيفاء المرتب منها ، إذا كان الإيراد لا يكفى . أما فى المدة الطويلة ، وهى ما كان أكثر من ذلك فيكفى أن يكون إيراد العين كافياً لتنفيذ الوصية منه ، حسب تقدير الخبراء ؛ ولو كانت قيمتها أقل من المرتب فى المدة ؛ لأن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زمناً طويلا يضر بالورثة فى بعض الأحوال ، كما إذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به ، أو كان للورثة مصلحة خاصة فى هذه العين مع وجود عين أخرى أقل قيمة ذات إيراد يسع المرتب ، وهكذا . . . » .

ثم الأمر فى ضمان الأداء مرجعه إلى رأى أهل الخبرة بشئون الأموال ، وطرق استغلالها ، وأنواع استغلالها المختلفة ، سواء أكان الأداء بطريق الاستيفاء من الغلات ، أم بطريق الأخذ من قيمة العين ببيعها أو بيع بعضها ، وسداد المرتب من الثمن .

ويجب مع ذلك ملاحظة أمرين ، ليكون تنفيذ القانون سليما .

(أحدهما) أن تكون الوصية تخرج من الثلث كما ذكرنا ، حتى لا يضار الورثة ، ولأن حقهم فى الثلثين يجب أن يخلص لهم ، فاذا زادت على الثلث ، فان أجاز الورثة الوصية كما هى خصصت العين الكافية ، ولو كان قيمتها أكثر من الثلث وإن لم يجز الورثة الوصية فى الجزء الزائد ، حبست عين تساوى الثلث فقط ، ونفذ المرتب كاملا من غلاتها ومن ثمنها ، فان استنفد فى بعض الوقت المعلوم الثلث ، فقد انتهت الوصية ، إذ نفذت بكمالها ، فى دائرة الثلث .

(ثانيهما) أن يكون تقدير قيمة الوصية لتعرف نسبتها إلى التركة بالطريقة التى نص عليها فى المادة ٦٢ وهى تقدر الوصية بقيمة العين التى تغل هذه الوظيفة إذا كانت الوصية بالمرتب مدى الحياة أو مطلقة ، أو بمدة تزيد على عشر سنين ، وإذا كانت لمدة لاتزيد على عشر سنين ، فبمقدار هذه الوظيفة فى هذه المدة .

وإنما كان التقدير كذلك ؛ لأنها إن كانت بمدة لا تزيد على عشر سنين ، فهى محدودة بمقدار من المال معلوم ، لايحتاج إلى تقوين مقوم ، أو تقدير خبير ، وإنما الأمر فيها إلى الحساب ، فتقدر بمقدارها ، وهى تنفذ ، ولو من رأس المال من غير تقييد بالغلات ، ولذلك كانت الوصية بمقدار من المال ، ولا فرق بينهما إلا فى التنجيم ، وإمكان التنفيذ من الغلات ، دون تعيين قدر من رأس المال معلوم ، وفى أن عينا تكفى غلاتها لتنفيذ المرتب تخصص له .

أما إذا كانت الوصية بالمرتب من رأس المال مطلقة ، أومدى الحياة أومؤبدة ، فان تنفيذ الوصية على الوجه الكامل يقتضى أيضاً تخصيص عين لتنفيذها ، ولكن عودة العين بالغلات إلى الورثة أمر غير مقدور بزمن ، ودخوله فى الحسبان بعيد ، ولذلك قدرت الوصية بالعين التى يمكن استيفاء هذا المرتب من غلاتها ، وكان لذلك شبه بالوصية بالمنافع المطلقة ، وبعد تخصيص عين صارت الوصية كأنها وصية بغلات هذه العين ، ولا فرق بينهما ، إلا فى أن الوصية بالمنافع لا تنفذ إلا من الغلات أو باستيفاء الموصى له المنفعة بنفسه ، أما الوصية بالمرتب من رأس المال ، فليس له من جهة أن يستوفى المنفعة بنفسه ، ومن جهة أخرى له أن يأخذ مرتبه من ثمن العين ، إذا لم توف الغلة ولم يقدم له الورثة ما يكمل مرتبه ، محافظة على العين التى تؤول إليهم إن انتهت مدة الوصية ، وقد استوفى الموصى له كل المرتبات .

١٤٢ — والخلاصة أنه بعد تخصيص عين للوصية بالمرتب من رأس المال ينظر فى الغلة ، إن كانت تكفى لتنفيذ الوصية ، وكانت مساوية لها ؛ بأن كانت داراً مثلا : وأجرتها تساوى المرتب ، أو أرضاً زراعية وهى مستأجرة فعلا بما يساوى المرتب ، استوفى المرتب من الأجرة ، وإن نقصت الأجرة عن المرتب

خير الورثة بين أمرين : (١) إما أن يعطوه المرتب الذى خصص له بسد النقص من مالهم أو غلات سائر التركة ، وتسلم العين ، وتؤول إليهم بعد انتهاء المدة .

(٢) وإما أن يستوفى المرتب من ثمن العين التى خصصت لاستيفاء مرتبه ، فإن استنفذ ثمنها كله انتهت الوصية ، وإن أخذ بعضه وانتهت الوصية عاد الباقى إلى الورثة .

وإن زادت الغلات على المرتب كانت الزيادة للورثة (إلا إذا كانت الوصية لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها ، فإنه يكون لها كنص المادة ٦٨) لأنه ليس له إلا المرتب ، وهو يأخذه ، والعين ما زالت على ملك الورثة ، وإن تعلق بها حق الموصى له ، فهو بقدر تنفيذ الوصية على أنه لا تتقرر الزيادة للورثة إلا بعد انتهاء مدة الوصية فتوقف الزيادة قبلها لتعوض النقص فى بعض السنين وتكون الزيادة للورثة من غير انتظار إذا كان المرتب لا يصرف إلا من غلة كل سنة[1] .

هذا ويجب التنبيه إلى امرين :

(أحدهما) أن العين إذا تبين أن غلاتها تزيد على المرتبات ، أو أثبتت التجربة ذلك ، ولم يوجد ما يدل على احتمال عدم وجود هذه الزيادة ، بأن غلت الأسعار ، وارتفعت أجور الأعيان ، أو تبين أن التقدير لم يكن سليما كما أثبتت التجربة ، فإنه فى هذه الحال ينقص من العين بما يعادل هذه الزيادة المؤكدة ، وخصص القدر الذى يكفى المرتب ، ولا يزيد عليه ، إلا ما يكون باختلاف الأحوال اختلافا يسيراً .

(ثانيهما) أن الوصية بالمرتب من رأس المال تنتهى بواحد من أمور ثلاثة :

أولها — وفاة الموصى له المعين ، فإنها كالوصية بالمنافع تكون عند الإطلاق مؤقتة بحياة الموصى ، إلا إذا كان قد جعلها من بعده لغيره .

---

(١) راجع فى هذا المادة ٦٧ ، فقد بينته الفقرة الأولى منها ، ونص المادة : « إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفى بالمرتب ، وإذا زادت الغلة على المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة على المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع ، فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات ، استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة ، فإن كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة ، فسنة ، أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

ثانيها — انتهاء المدة المعلومة التي يعينها ، وهذه يستوى فيها الموصى له المعين ، وغير المعين ، لأن الوصية بالمرتبات والمنافع تنتهى بانتهاء مدتها . سواء أكانت الوصية لمعين أم كانت لغير معين .

ثالثها — نفاد العين التى حبست لاستيفاء المرتب من غلاتها ، فإن صاحب الوظيفة له أن يستوفى منها إن لم يعطه الورثة وظيفته كاملة . وهذه أيضاً يستوفى فيها الموصى له المعين ، والمحصور ، وغير المحصور .

١٤٣ — هذا وأحكام الوصية بالمرتب من رأس المال تعتمد على اقوال الفقهاء فى المذاهب الأربعة ، وحكمهم بصحتها ، ولكن تنفيذها اعتمد على اجتهاد واضعى القانون ، لتسهيل التنفيذ من غير مضارة بالورثة ، ولا مضارة بالوصى له ، وقد اعتمدوا فى اجتهادهم على أحكام مقررة فى القانون كتقدير المنفعة فى المادة ٦٢ ، وتنفيذ الوصايا بالمنافع فيها ، والصلة بين الوصية بالمرتب ، من رأس المال ، وبين الوصية بالمنافع .

وكان مرماه فى ذلك المسلك الاجتهادى تنفيذ غرض الموصى فى وصيته ، وتنفيذ أحكام الفقهاء ، وضمان وصول الموصى له إلى حقه ، مع إمكان بقاء أعيان التركة كلها سليمة للوصى للورثة .

١٤٤ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية بمرتب من رأس المال نقول إن القانون لم يذكر عدم صحة الوصية بمرتب من رأس المال مؤيدة أى لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها بل قرر صحتها كما يفهم من عموم المادة ٦٨ التى سنعرض لها قريباً ، وإذا كان قد جعل التنفيذ بتخصيص عين من أعيان التركة تغل المرتب بشرط ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتاجت فى الزيادة إلى إجازة الورثة ، فقد كان من الممكن أن يوصى بمرتب من رأس المال على جهة التأبيد ، وتنفذ الوصية بذلك التخصيص ، وإن كنا نقول إن الوصية بمرتب من رأس المال نادرة الوقوع ، وهى أندر ، اذا كانت على جهة لا يظن انقطاعها .

وأحكام الوصية بمرتب من رأس المال فى مدة معينة أو لمعين ، أو لقوم

محصورين هى كأحكام الوصية بمرتب من الغلات من كل الوجوه ماعدا جواز بيع العين لتنفيذ الوصية بالمرتب كاملا فى حال الوصية بمرتب منه وعدم جوازها فى الوصية بالغلات من التركة كلها ، أو بالوصية بغلات عين معينة منها ، وما عدا أموراً أخرى ستبين فى موضعها .

١٤٥ — هذه خلاصة لما اختصت به الوصية بالمرتبات من رأس المال وبقية الأحكام تشارك فى أكثرها الوصية بالمرتبات من الغلات .

والوصية بالمرتبات من الغلات تنقسم من حيث التأبيد وعدم التأبيد إلى قسمين:

(أحدهما) وصية بالمرتب مؤبدة ، إذ ليس للموصى له فيها نهاية معلومة ، وهذه تكون إذا كان الموصى له جهة [1] لها صفة الدوام ، فان كانت بغلة عين معينة من التركة كانت العين وقفاً على هذه الجهة تنفذ من غلاتها الوصية بالمرتب ، فيعطى فى أوقاته المختلفة ، وتنفذ شروط الوصية وإرادة الموصى مادامت تحقق المصلحة ، وتوزع الغلات فى أبوابها المختلفة ، فاذا كانت العين تفيض غلاتها عن هذا المرتب ، فانه يكون الزائد على الجهة التى يعينها الموصى مصرفا لذلك ، أو بما تشير إليه القرائن وتدل على إرادته فى صرف الزائد ، فاذا لم يتبين مصرف لهذا الزائد ، فان الظاهر أنه يكون للجهة نفسها ، باعتبارها المصرف لهذا الوقف ، أو لهذه الوصية التى صارت وقفاً ، ولا يصرف شىء إلى الورثة ، لأن العين قد صارت بهذه الوصية وقفاً ، فليس للورثة شىء من غلاتها ، وإن الوقف على مذهب مالك لاتخرج العين فيه عن ملك الوقف ، ولكن الغلات فى الوقف المؤبد تكون دائماً للمستحقين ، وكان الظاهر لنا ذلك ، لأن القانون لم ينص ، ولكنه نص على غلات العين التى تخصص إذا لم يعين عيناً فى الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة

(١) قد بنيت أحكام ذلك القسم المادة ٦٨ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا باجازة الورثة ، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها ، وإذا نقصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصى » .

الدوام تكون غلاتها ولو زادت عن المرتبات لهذه الجهة ، وليس للورثة شيء. وهـــذا التفسير احتمال قريب ، ويصح أن يقال إن تعيين عين للمرتب تقضي ألا يؤخذ من غيرها ، ولـكن لا يمنع أن يؤخذ الزائد منهـا ؛ والأول أقرب في نظرنا .

وإذا كانت الوصية بالمرتبات ليس فيها تعيين عين للجهة التي لها صفة الدوام ، وكانت مطلقة أو على جهة التأبيد ، فانه تخصص عين من أعيان التركة تكفي غلاتها لأخذ هذا المرتب منها وتخصيصها يكون بتقدير أهل الخبرة تقديراً صحيحاً لغلات هذه العين ، وبعد ذلك التخصيص تكون تلك العين وقفاً على هذه الجهة ، فان كانت الغلات مساوية للمرتب نفذت ، وإن زادت الغلات عن المرتب ، كانت الزيادة للجهة ، وإن كانت الغلات في بعض السنين أقل ، أو صارت بعد مضي أزمان أقل ، فانهم لا يرجعون على الورثة ، وذلك لأنه بالتخصيص قد انقطعت العين عن التركة ، ولم تعد للغلة بالورثة صلة ، إذ تصير العين وقفاً على تلك الجهة وتصير لها غيرتها ، في زيادتها ونقصانها .

والعين في كلتا الحالين يجب ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتـاجت الزيادة لأجازة الورثة .

وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن الوصية بالمرتب على جهة التأبيد تكون في رأس المال كما تكون في الغلات ، وأن الأولى تعتمد على رأي مروي عن أبي يوسف في الوصية بالمرتب للجهات ، والثانية مأخوذة من المذهب الحنفي باجمال.

وقد قلنا إن الوصية بالمرتبات في أغلب أحوالها تكون في الغلات ، ومن النادر أن تكون على التأبيد برأس المال ، بل لا تكاد تقع به .

١٤٦ ـــ والقسم الثاني من الوصية بالمرتب من الغلات ، وهي التي لا تكون مؤبدة لا نهاية لها ، بل تكون لها نهاية ، بأن تكون لها مدة معلومة ، ولو كانت لجهة لها صفة الدوام كمسجد مثلا ، أو تكون مطلقة ، أو مقترنة بوصف التأبيد ، ولـكن لمعين ، أو محصورين ، فانها تكون لهـا نهاية هي حياة المعين وانتهاء

الطبقة الثانية من المحصورين ، ويختلف تقدير قيمة الوصية من حيث نسبتها الى التركة ، بحيث لا تزيد على الثلث ، باختلاف الأحوال السابقة من حيث تعيين المدة ، أو كون الموصى له معيناً ، أو محصوراً .

١٤٧ — واذا كانت الوصية بمرتب من الغلة بمدة معلومة[1] من غير نظر الى كون الموصى له محصوراً أوغير محصور ، فان المسلك الذى سلكه القانون فى تقديرها أن تقدر التركة خالية من المرتب الذى تحمله بمقتضى الوصية ، وتقدر قيمتها ، وقد تعلق بها حق الموصى له بالمرتب المحدود فى الزمن المعلوم ، والفرق بين القيمتين يكون الموصى به ، فان كان أكثر من ثلث قيمة التركة غير محملة ولم يجز الورثة الوصية بالزيادة ، نفذت الوصية فى الثلث ، ونقص من المرتب بمقدار ما نقص من الموصى به فى جملة تقديره ، ولقد ضربت المذكرة التفسيرية لذلك مثلا ، فقالت :

إذا كانت الوصية بمرتب خمسة جنيهات كل شهر من غلة التركة مدة عشر سنوات ، وقدر الخبراء الفرق بين القيمتين بستمائة جنيه ، وكانت قيمة التركة خمسمائة وألف جنيه ، فان الوصية ترد إلى خمسمائة جنيه ، ويكون المرتب أربعة جنيهات وسدس جنيه » .

ونرى من هذا أن المرتب قد نقص منه بنسبة مانقص من مجموع الموصى به ، اذ نزل من ستمائة الى خمسمائة ، وقد أشارت المذكرة الى أن تقدير الفرق بين قيمة التركة محملة بالمرتب ، وتقديرها غير محملة يرجع فيه الى أهل الخبرة ، واذا قدر الموصى به ، ونفذت الوصية بالمرتب كله أو ببعضه ، فانه تخصص عين من التركة تفى غلاتها بالمرتب من غير تقييد العين بكونها تخرج من الثلث ، فاذا

(١) قد بينت أحكام هذا القسم المادة ٦٥ ، ونصها : « إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به ، وغير محملة به ، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به . فان خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ، ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث ، وكان الزائد من المرتب ، ومايقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

كانت العين التى تنى غلاتها بالمرتب تخرج أولا تخرج عن الثلث خصصت له ، وقد سلك ذلك المسلك فى الوصية بمرتب من رأس المال ، ولكن قيدت هناك العين المخصصة بكونها من ثلث التركة[1] .

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة ، فلأجل تقدير قيمة الموصى به تقدر العين أيضاً محملة بالمرتب وغير محمله ، فالفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به ، فإن كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ، وان كان يزيد على الثلث لم ينفذ من الوصية إلا الثلث من غير إجازة الورثة ، والزائد لا ينفذ إلا بإجازتهم ، وعلى ذلك إذا لم تنفذ الوصية كلها ينقص من المرتب الشهرى أو السنوى مثلا بمقدار ما نقص من مجموعه ، ليكون فى دائرة الثلث وينقص من العين بمقدار مانقص من المرتب ، فاذا كانت قيمة المرتب فى مجموع المدة ٥٠٠ جنيه نزلت إلى أربعمائة لأنها الثلث ، فانه ينقص من المرتب الشهرى مثلا خمسة ؛ فاذا كانت عشرة جنيهات كل شهر نزلت إلى ثمانية ، وإذا كانت العين الموصى بالمرتب من غلتها عشرة أفدنة استولى الورثة على اثنين منها ؛ إذ ينقص منها أيضاً خمسها ، وهو فدانان كما ذكرنا .

وفى كل الأحوال إذا تضرر الورثة يخصصون عيناً غير التى ذكرها الموصى وقد نصت على ذلك المذكرة التفسيرية .

١٤٨ — هـــذه أحكام القانون فى تقدير الوصية بمرتب من غلات التركة أو غلات عين معينة لمدة معلومة طالت أو قصرت ، وقد شرحناها ، بما تدل عليه العبارات واستعنا فى شرحها بالمذكرة التفسيرية التى اقترنت بوضعه .

ولنا بعد ذلك أن نقول إن مسلك القانون فى ذلك التقدير غريب عن الفقه والمنطق ، وعن هذا القانون نفسه فى جملة ما يؤخذ من قواعده التى بنيت مواده

(١) بينت المذكرة التفسيرية أنه يصح أن تزيد العين المخصصة على الثلث فقد قالت مانصه : « وفى الوصية بمرتب من غلة التركة توقف عين تفى غلتها بالمرتب ، ولو كانت قيمتها أكثر من الثلث ؛ لأن حق الموصى له فى الغلة فقط ، وقصر العين الموقوفة على قيمة الثلث قد يضر الموصى له فيما إذا كانت لاتغل المرتب » .

على أصولها ، وجملة الأمور التى تدل على شذوذ هذا المسلك ثلاثة :

أولها — أن الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة هى من قبيل الوصية بالمنافع ، وقد سلك القانون فى تقدير الوصية بمنافع عين مسلكا غير هذا فقرر أن الوصية ان كانت لمدة تزيد على عشر سنين قدرت الوصية بقيمة العين ، فإن كانت تخرج من الثلث نفذت ، وان كانت لا تخرج لا تنفذ فى الزائد الا بإجازة الورثة ، فلماذا لم يسلك ذلك المسلك فى الوصية بالمرتب من غلتها لمدة أكثر من عشر سنين ، فإن كان المرتب هو كل الغلة قدرت العين كلها مضافة الى التركة ؛ فإن كانت الثلث أو أقل نفذت . وإلا لا تنفذ ، وان كان المرتب نصف غلة العين قدر نصفها بالنسبة للتركة كلها .

وكذلك اذا كانت الوصية بمنفعة عين عشر سنين فأقل فقد خالف ما ذكر فى الوصية بالمنفعة ؛ اذ جعل هناك قيمة الوصية بقيمة المنفعة فى هذه المدة ، فلماذا عدل القانون عن ذلك التقدير الذى قرره ، وقد كان أسهل ، اذ تحتسب مقاديره فى المدة ، هذا مسلك غريب ومفارقة بين المسائل المتحدة فى النوع الواحد فى الحكم من غير مبرر ولا مقتض .

ثانيها — أن القانون يوصى بإشارته لا بعبارته بالاستعانة بأهل الخبرة فى تقدير قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة ، والفرق بينهما هو مقدار الموصى به ، وهذا غريب عن المنطق ؛ لأن الوصية بمرتب معلوم لمدة معلومة يمكن تقديره فى ذاته تقديرا معيناً محدودا ، فإذا كانت الوصية بمرتب شهرى خمسة جنيهات لمدة عشر سنوات ، فهى وصية بمقدار معلوم من الغلات هو ستمائة جنيه ، فينظر الى مقدارها بالنسبة للتركة ، أما تقدير العين محملة وغير محملة ، ففيه تحميل المسألة من التعمق مالا نحتاج إليه ، وأظننا لو استشرنا أهل الخبرة لأشاروا بأن تقدير مجموع المرتب بضربه فى عدد الأشهر للسنة ، ثم فى عدد السنين أحكم وأدق ، وأضبط من تقدير القيمتين ، ولا ندرى لماذا ترك ذلك التقدير القريب المعقول المضبوط الى غيره ، وهو غير مضبوط وغريب ، ولا بد أن أهل الخبرة سيسيرون على الأول .

ثالثها — أن القانون يقرر فى الوصية بمرتب من غلة عين أنه اذا وجد أن الغلة أكثر من المرتب ، ينقص من العين بنسبة ما نقص به المرتب عن الغلة ، وأنه لو لم تغل المرتب لا يؤخذ أكثر مما تغل الجزء ، وأنه لو زادت غلة الجزء الباقى يأخذ الزيادة الورثة[1] اذا كان يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة تدل على ذلك ، وذلك تفكك فى منطق القانون ، اذ جعل الاعتبار الأول للعين ، وقيمة المرتب ، ثم خالفه ، وهذا يؤدى الى صورة غريبة ، وهى أن تكون قيمة العين تساوى الثلث ، والمرتب المفروض عليها أقل من غلتها ، فينقص من العين بمقدار نسبة زيادة الغلة فى مجموعه ، ويخصم المرتب من غلة باقى العين ، فإن أغلته أخذ ، وإن لم تغله لم يرجع على الورثة ، وان أغلت أكثر أخذه الورثة ، ولنضرب لذلك مثلا ، أوصى بمرتب شهرى خمسة جنيهات تؤخذ من غلة عشرة أفدنة معينة كل سنة لمدة ثلاثين سنة ، على أن تكون لمستشفى المواساة ، وله تركة ثلاثون فداناً ، فإن نفذنا منطق القانون ، وكانت غلتها أكثر من المرتب ، ينقص من العين خمسها مثلا فتصير ثمانية أفدنة ، ثم إن كانت الأرض تغل أكثر من خمسة جنيهات فيكون الزائد للورثة ، وإن كانت تغل أقل لا يؤخذ من الورثة شىء للمستشفى ، وهذا بلا شك ظلم للموصى له ، فلم ينظر إلى العين فى ذاتها ، أتخرج من الثلث أم لا تخرج ، وبعد تطفيفها مع أنها تخرج عن الثلث لم يجعل للموصى له غرمها وغنمها ، بل له غرمها فقط ، فإن زادت غلتها على الخمسة أخذه الورثة ، وأدى إلى هذا الظلم مسلك القانون فى هذه الجزئية الذى لم يعتمد على أصوله ، ولا على الفقه ، ولا على المنطق .

١٤٩ — شرحنا حال الوصية بمرتب إذا كانت بمدة معلومة سواء أكان الموصى له معيناً أم كان عددا محصورا ، أم كان جهة لها صفة الدوام ، وقد بينا ما فى أحكام القانون من مسلك غريب عن مجموعة أحكامه ، وعن الفقه .

والآن نتكلم فى الوصية بمرتب لمعين مدة حياته ، سواء أكانت بذلك

(١) راجع الفقرة الأخيرة من المادة ـ ٦٧ .

اللفظ ، أم كانت مطلقة ، أم كانت مؤبدة ، وفسرت بذلك[1] فإنه تعتبر الوصية فى هذه الحال كالوصـية بمرتب لمدة معلومة ؛ لأن القانون قد سن الطريق لتقدير حياة الموصى له من بعد وفاة الموصى ، وذلك عن طريق تقدير الأطباء ؛ فما يقدرونه من سنين تقديراً تقريبياً يكون هو المدة المعلومة للوصية بالمرتب له : فإذا قدروا حياته بعـد وفاة الموصى بعشر سنين ، فإن الوصية بالمرتب له كأنها وصية بمدة معلومة قدرها عشر سنين .

وإذا علمت مدة الوصية رجعنا فى تنفيذها وتقدير قيمتها بالنسـبة لمجموع التركة إلى الأحكام السابقة فى الوصية بالمرتب ، فإن كان المرتب من رأس المال يخصص من التركة ما ينفذ الوصـية ، بشرط ألا يزيد المخصص على الثلث ؛ وإلا احتجنا إلى إجازة الورثة ، وتنفذ الوصية فى غلة العين المخصصة ، وإن لم تف الغلة بيع من العين ، إن لم يسد الورثه النقص ، وإن نفذت العين انتهت الوصية .

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلات قدرت قيمة الموصى به بعد معرفة مدى الحياة بالطريق الذى شرحناه آنفاً ، وهو تقدير أهل الخبرة للعين محملة بالمرتب ، وغير محملة ، ويكون الفرق هو قيمة الموصى به ، وينفذ بالطريق الذى بيناه وانتقدناه آنفاً .

١٥٠ — وإذا مات الموصى له المعين قبل المدة التى قدرها الأطبـاء كانت الغلات والعين المخصصة لها للورثة ، أو كانت الوصية لمن بعـده إن كان هناك موصى له من بعده ، وذلك لأن تقدير الأطباء تقريبى ، فإذا جاء الواقع خلافه ،

---

(١) أحكام هـذا الجزء قد بينته المادة ٦٦ ، ونصها ، « إذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة ، أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته . ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين فى المـادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال . ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة . فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان البـاقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المـال الموقوف لتنفيذ الوصية ، أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء . فليس له الرجوع على الورثة .

فإن الواقع ينفذ حكمه ، وإذا عاش الموصى له أكثر من المدة التى قررها الأطباء ، تنتهى الوصية ؛ لأن الوصية قدرت كذلك ، وتنفذ على أساس هذا التقدير .

١٥١ — ولنا نظر فى هذا الموضوع ، وقبل ابدائه نبين الأصل الفقهى الذى اشتق منه القانون أحكامه فى تقدير حياة الموصى له .

قد ذكرت المذكرة التفسيرية أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة بذلك منهم مأخوذ مما ورد بمذهب مالك وبما روى عن أبى يوسف .

ولقد قرر هذان الإمامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه فى العادة ، ورأى القانون أن يكون بحدس أهل الخبرة الذين يبنى تقديرهم على أسس علمية ، وإن كانت ظنية مقربة ، لا قطعية معينة .

وإليك نص ما جاء فى المبسوط عن هذه الرواية المنسوبة لأبى يوسف :

« ولو أوصى بعشرين درهماً من غلته كل سنة لرجل ، فأغل سنة قليلا ، وسنة كثيراً ، فله ثلث الغلة كل سنة ، يحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهماً ماعاش ، هكذا أوجبه الموصى ، وربما لا تحصل الغلة فى بعض السنين ، فلهذا يحبس ثلث الغلة على حقه ، وكذا لو أوصى بأن ينفق عليه منه كل شهر خمسة ، كما أوجبه الموصى ، وعن أبى يوسف أنه قال يحبس مقدار ما ينفق عليه فى مدة يتوهم أن يعيش إليها فى العادة ، فأما ما زاد على ذلك ، فلا يشتغل بحبسه »[1] .

ومن هذا يستفاد أن أبا يوسف يفرض أقصى ما يعيشه مثل هذا الشخص فى العادة ولو بالتوهم ، والعبارة المنقولة تقرر أنه يحتسب المرتب فى هذه المدة التى يتوهم أن يعيش إليها فى العادة ، ويعتبر ذلك المقدار هو الموصى به .

ولم يذكر عن مالك رضى الله عنه ، ولا عن الإمام أبى يوسف الحكم إذا مضت المدة ولم يمت ، ولعله لم يذكر ذلك ؛ لأن فرضه غريب بعيد ، إذ قدروا المدة على ما يصل إليه الوهم مقيداً بالعادة ، فهو تقدير يعد أقصى تقدير ، ولذلك

---

(١) المبسوط جـ ٢٨ ص ٤ .

لم يفرضوا انتهاء المدة قبل وفاة الموصى له ، لأنها حد أقصى للتقدير .

ولكن ذكر عن ابن القاسم من أصحاب مالك حكم ذلك الفرض ، وهو أنه إن عاش بعد انتهاء المدة لا يحق له أن يرجع بشيء على الورثة أى تنتهى الوصية بذلك التقدير .

١٥٢ — ونقدنا لهذا الجزء فى القانون من ناحيتين :

أولاهما — أن القانون يقدر مدة الحياة بتقدير الأطباء ، وهو تقدير ظنى تقريبى ، فإذا خالفه الواقع خضعنا لحكمه ، وكذلك سار القانون إذا مات قبل انتهاء ما قرره الأطباء ، فقد خضع لحكم الواقع ، وخالف التقدير ، وكان حقاً عليه أن يخضع كذلك لحكم الواقع إذا خالف التقدير ، فامتدت حياته إلى ما بعد المدة التى قررها الأطباء ، فيجعل الوصية بالمرتب جارية عليه إلى نهاية حياته ، كما تدل على ذلك إرادة الموصى ، فما قرره القانون مخالف للمعقول ، فوق مخالفته لإرادة الموصى .

ولا يبرر القانون اعتماده على رأى ابن القاسم ، فما كان ذلك الرأى صواباً لا يحتمل الخطأ ، وما يسوغ لواضع قانون أن يجعل أحكام القانون من آراء غريبة غير متماسكة ، فيجىء خليطاً غير متناسب ، ولا مرتبط الأحكام .

ثانيتهما — أن القانون خالف الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ، واعتمد على الأصل الذى ذكره ونراه غريباً شاذاً ، وهو تقدير مقدار الوصية بالفرق بين القيمتين القيمة محملة بالمرتب ، وغير محملة .

وإن الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ، وهو تقديرها بقيمة العين المتعلقة بها ، إن كانت لمدى الحياة ، وهو الأوفق للعمل هنا ، فإن الوصية بالمرتب من الغلة ليست إلا وصية بالمنافع ، فله حكمها ، كما رأيت فيما نقلناه عن المبسوط ، وكما هو مذكور فى كتب الفقه .

وإن السند الفقهى الذى اعتمدوا عليه لا يسير معهم ، فإن الرواية التى نقلها المبسوط عن أبى يوسف وقد ذكرناها — تدل عبارتها على أن تقدير الحياة بأقصى

ما يتوهم لها فى العادة ، فيقدر المرتب فى هذه المدة بالمقدار ويعتبر كله من الثلث ، ويحبس من الغلات مايساويه قدراً ، وذلك غير ما قرره القانون ، فالقانون لا يجمع المرتب فى مدى السنين التى قدرت ، ويحبس ويصرف منه ، بل يقدر فقط الحياة أولا ، ثم يقدر بعد ذلك المرتب بالطريقة الشاذة الغريبة ، وكان عليه أن يسلك مسلك المصدر الذى أخذ عنه من كل الوجوه ، لا من بعضها ، فيبدو متقطعاً .

١٥٣ — هذه أحكام الوصية بالمرتب لشخص معين مدى الحياة ، ولننتقل بعد ذلك إلى الوصية بالمرتب لمحصورين[1] .

ونجد أن هذا النوع من الوصايا قد جعله كالوصية بمرتب لمعين ، ولذلك اشترط وجودهم جميعاً وقت موت الموصى ، وإن كانت الوصية لمحصورين تكون لطبقتين ، ولا تنفذ لأكثر من ذلك[2] واشترط وجود كل آحاد الطبقتين وقت وفاة الموصى ، وهذا بخلاف الوصية بالأعيان والمنافع ، فإن الوصية بهما لا يشترط فيها وجود الموصى لهم المعروفون بأوصافهم ، لا وقت الوصية ، ولا وقت وفاة الموصى ، بل الشرط امكان وجودهم ، وهنا اشترط وجودهم وقت وفاة الموصى لصحة الوصية ، وذلك لتكون كالوصية لمعين ، وتقدر أعمارهم بتقدير الأطباء ، ثم يقدر الموصى به من المرتبات ، على حسب ما بينا فى الوصية بمعين تماماً .

ويلاحظ أن تقدير الأطباء لا يتبع فيه السن فقط ، بل أساسه الصحة العامة ، وسلامة الجسم ، وإذا قدر حياة كل واحد من الموصى لهم المحصورين ، أيعتبر كل واحد كأنه موصى له معين بشخصه ، فيقدر له المرتب ، ويخص مقدار ينتهى بانتهاء حياته أو بانتهاء ما قدر لحياته ، أم تعتبر الوصية للمجموع ؟ ظاهر

---

(١) ذكرت أحكام الوصية بالمرتب للمعرفين بالوصف المادة ٧٠ ونصها : « لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين ، بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين » .

(٢) يلاحظ أن الوصية بمرتب من الغلة لمحصورين لا تنفذ لأكثر من طبقتين لأنها وصية بالمنافع وهى لا تنفذ لأكثر من طبقتين ، وقد صرحت بذلك المادة ٧٠ السابقة .

القانون وظاهر عبارات الذين يوصون لمحصورين أنه يعتبر مجموعهم ، وتقدر حياة مجموعهم ، لأنهم جهة الصرف ، إذ يصرف لجهتهم ما بقي منهم واحد أو اثنان على حسب ما تدل عليه العبارة من حيث اشتراط التعدد ، وإذا كانت الوصية لمجموعهم فتقدر مدتها بمدة أطولهم عمراً ، على حسب تقرير الأطباء الذين فوض الأمر إلى تقديرهم تفويضاً مطلقاً .

وتقدير مدة الوصية على أساس أنها للمجموع هو ما ذكرته المذكرة التفسيرية فقد قالت :

« وتقدر مدة الوصية بأطولهم عمراً » .

وهذا نظر معقول ، وتفسير مقبول ، لأنه هو الذى يتفق مع نص القانون ، ومع كون الموصى لهم من المعرفين بالوصف ، لا المعينين بالشخص .

١٥٤ — هذا وقبل أن ننتهى من بيان الوصية بالمرتبات نذكر نقطتين : (إحداهما) الوصية بالمرتب من الغلة إذا زادت الغلة فى بعض السنين ، ونقصت فى بعضها . والثانية إذا أراد الورثة أن يعطوا بدل المرتب مقداراً من المال يساويه ويستبدوا بالتركة .

أما النقطة الأولى[1] . فقد ذكر القانون أحكاما تتلاقى مع الوصية بالمرتب من رأس المال فى بعضها ، وتختلفان فى أكثرها ، فتتلاقيان فى أن كليهما — إذا زادت الغلة فى سنة عن المرتب الموصى به — لا يأخذ الموصى له الزيادة ، ويختلفان فيما عدا ذلك .

وخلاصة القول فى الوصية بالمرتب من الغلة ، أنه إن لم تف غلة العين المعينة لتنفيذ الوصية من غلتها أو المخصصة لذلك لا يأخذ الموصى له من الورثة الزيادة ، ولا يباع من العين ما يفى بالمرتب ، لأن الموصى له فى الغلة ، لا فى العين بخلاف

(١) قد بينت ذلك أحكام الفقرة الثانية عن المادة ٦٧ وقد نقلناها بالهامش عند الكلام فى زيادة الغلة ونقصها فى الوصية بمرتب فى رأس المال .

الوصية بالمرتب من رأس المال كما ذكرنا ، فإنها تنفذ من العين إن لم تف الغلة بالمرتب .

وإن زادت غلات العين عن المرتب الموصى به ، لا يأخذ الموصى له الزيادة ، كما ذكرنا ، ولكن أترد إلى الورثة ، أم تحبس لحسابه ، لتكميل نقص الغلات فى بعض السنين القابلة ؟

هذا يختلف باختلاف ما تدل عليه عبارة الموصى ، فإن كانت عبارته تدل على أن المرتب جار له كل سنة لا يتقيد بغلات كل عام ، فإن الزائد يحبس ، ليسد النقص فى السنين القابلة ، أو الماضية ، فإن انتهت المدة ، وهناك محبوس من فاضل الغلات كان لورثة الموصى ، لانتهاء الوصية ، وتنفيذها كاملة .

وإن كانت العبارة تدل على أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا العام لا يعدوها ، فإن الزائد من الغلات يصرف للورثة ، وما ينقص لا يرجع فيه بالنقص عليهم ، لأن المرتب فى كل عام مقيد بغلة العام ، لا يتجاوزها إلى عام آخر ، فإذا زادت لا تعطى إياه ، لأنها تكون زيادة على المشروط ، ولا تحفظ لسنة أخرى ، لأن ذلك أيضاً مخالف للمشروط ، ولا ينفذ إلا ما اشترط .

وهذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبى حنيفة .

١٥٥ — هذا بيان النقطة الأولى ، أما الثانية ، وهى جواز إيداع الورثة مقدار المرتبات[1] التى يمكن تقديرها بمدة معلومة بناء على أصل القانون ، وهى المرتبات التى تكون لمدة معلومة ، أو مقدرة بمدة يمكن تقديرها بمدة بشكل عام ، وبعبارة شاملة كل

---

(١) قد بينت أحكام ذلك المادة ٦٩ من القانون ، وهذا نصها : « فى الأحوال المبينة فى المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب ، أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له ، أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقدا ، ويخصص للمبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقى لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص .

الوصايا بالمرتبات ما عدا الوصية بمرتب وصية مطلقة أو مؤبدة لجهة لها صفة الدوام ، أى لا يظن انقطاعها — فقدجوز القانون ذلك لغيرها ، وللورثة من بعد الإيداع أن يستبدوا بأعيان التركة من غير أى نزاع يثار بعد ، إذ يزول كل حق للموصى له بالمرتب من التركة بعد إيداع المرتبات ، وتخصيصها لاستيفاء المرتب منها فى نجومه المتوالية .

فإذا كانت الوصية لمدة معلومة قدرها عشر سنوات مثلا ، وبمرتب شهرى قدره عشرة جنيهات كل شهر فاتفق الورثة مع الموصى له على إيداعها فى جهة يرضاها كمصرف من المصارف ، ويأخذ المرتب فى نجومه . فان الورثة يصيرون أحراراً فى التصرف فى التركة بعد الإيداع ، وإذا لم يتفقوا مع الموصى له على جهة ، فلهم أن يطلبوا من القضاء أن يعين الجهة التى يكون فى الإيداع بها ضمان لتسديد المرتب فى أزمانه ، وإذا عين القاضى الجهة ، وأودعت المقادير المطلوبة صار الورثة أحراراً فى التركة .

وإذا كانت الوصية لمعين وقدرت مدتها بحياته ، أو لمعرفين بالوصف محصورين ، وقدرت بحياتهم ، فإنه تقدر الحياة بتقدير الأطباء لها ، وتعتبر الوصية بعد ذلك التقدير معلومة المدة ، فيقدر المرتب فيها على أساسها .

وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المعلومة ، أو المقدرة التى صارت كالمعلومة ، فإن الباقى من الأموال المودعة لتنفيذ الوصية بالمرتب يأخذه الورثة ، لأن الموت ينهى الوصية ، ولو لم تنته مدتها ، إلا إذا أوصى من بعد الموصى له الذى مات لغيره .

ولا يجب على الورثة فى كل حال إلا تقديم ما يساوى الثلث .

ولكن كيف تقدر الوصية بالمرتب ، حتى تودع مقاديرها ؟ أيضرب المرتب لكل سنة فى عدد السنين ، ويعتبر ذلك مقدار المرتب فى جملة السنين ، ويودع فى الجهة التى يرتضيها الموصى له ؟ أم تقدر قيمة المرتبة بالطريقة التى ذكرها القانون

فى الوصية بمرتب من غلة التركة ، بأن تقدر التركة محملة بالمرتب وغير محملة ، والفرق هو قيمة المرتب ، فيقدم ؟

قالت المذكرة التفسيرية : « تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات فى كل المدة ، على ألا يزيد على الثلث ، وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينة فى المادة ٦٥ » .

أى أن الوصية بمرتب من رأس المال تقدر بضرب المرتب بالسنة فى عدد السنين ، والوصية بمرتب من الغلة تقدر بتقدير قيمة التركة محملة وغير محملة .

وهذا تفسير ، لاتؤيده عبارة القانون ، لأن عبارته تقول « بشرط أن يودعوا جميع المرتبات نقداً » وجميع المرتبات يعرف بالجمع والحساب ، ولأن العبارة لم تفرق بين الوصية بمرتب من رأس المال ، ومرتب من الغلة ، فيجب تقدير المرتب بما يشمل الأمرين ، وقد سلمت المذكرة بأن تقدير رأس المال تفيد العبارة أنه بطريق الجمع والحساب ، فيجب فى المرتب من الغلة أن يقدر بالجمع والحساب أيضاً ، إذ العبارة تفيد ذلك والله أعلم .

٥ – مقدار الوصية

١٥٦ م – جعل القانون مقدار الوصية التى تنفذ من غير حاجة إلا إجازة الورثة ثلث التركة عند الوفاة[1] ، سواء أكانت لوارث أم لغير وارث ، فان كانت أكثر من الثلث صحت ، ولكن لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا فى الثلث ، وأما الزيادة فلا تنفذ فيها إلا إذا أجازها الورثة ، فان أجازوا جميعاً نفذت فى الزيادة على الثلث ، وإن لم يجيزوا جميعاً بطلت فى الزيادة ، وإن أجاز بعضهم ، وامتنع بعضهم عن الإجازة ، نفذت الوصية فى الزيادة فى حق المجيز ، وبطلت الوصية فى الزيادة فى حق عدم المجيز .

ولأجل معرفة ذلك تقسم التركة تقسيمين أحدهما على فرض الأجازة ، والآخر على فرض عدم الأجازة فمن أجاز أخذ نصيبه على تقسيم الأجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عدم الأجازة ، فمثلا إذا كانت التركة ١٢٠ ف (عشرين ومائة فدان) فأوصى بنصفها لجمعية خيرية ، والورثة بنتاه وابنه فأجازت إحدى البنتين ، ولم يجز الآخران ، تقسم التركة أولا على فرض الأجازة ، فتقسم التركة أولا هكذا : للموصى له النصف ستون فداناً ، والباقى هو ستون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للبنت خمسة عشر وللابن ثلاثون .

وتقسم ثانيا هكذا على فرض عدم الإجازة : للموصى له أربعون فداناً هى الثلث ، والباقى للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون لكل بنت عشرون ، وللابن أربعون .

وبما أن إحدى البنتين أجازت الوصية ، فتأخذ نصيبها بتقسيم الأجازة ، وهو خمسة عشر فداناً ، ويأخذ كل من الباقين نصيبه على فرض عدم الأجازة ،

---

(١) مقدار الوصية يتبين من المادة ٣٧ ، ونصها : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله ، أو بعضه من غير توقف على إجازة » .

وهو عشرون للبنت، وأربعون للابن، والباقى للموصى له، وقدره ٦٥.

١٥٧ م — والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، ولا عبرة للاجازة قبل الوفاة، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة، فالمعتبر هو وقت تنفيذها، ولأنه قبل وفاة الموصى لا يعرف الورثة على التعيين، لأنه عسى أن يموت أحدهم قبل الموصى، وعسى أن يوجد من يحجب بعضهم. وعسى أن يكون من بعضهم مايقتضى حرمانه، فالصفة التى كانت سبباً للحق لم تثبت، ولم تتقرر، ولأن الاجازة تبرع بحق، ولا يكون التبرع قبل ثبوت الحق، وقبل الوفاة لم يثبت الحق المتبرع به، إذ حق الوارث لا يتقرر ويثبت إلا بعد الوفاة.

والوارث الذى تعتبر إجازته هو الوارث الذى يكون أهلا للتبرع، وهو كامل الأهلية، البالغ العاقل الرشيد الذى لم يحجر عليه لسفه أوغفلة، وذلك لأن الاجازة كما قلنا تبرع، والتبرع تصرف ضار ضرراً محضاً لايجوز من غير الرشيد، ولا يجوز من وليه، لأن الولى عليه ولايته للمصلحة والنظر له، وليس من النظر له التبرع من ماله، إذ هو نقص له.

ولابد أن يكون المجيز عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها، لأن الجهالة تمنع صحة التصرف، ولأن الموصى به هو محل الأجازة أى محل التصرف، فيجب أن يكون المجيز عالما به على وجه خال من كل تغرير.

ويجب التنبيه إلى أمرين: (أحدهما) أن الثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن سداد الدين أولا، وبعد الدين تقدر الوصية بثلث الباقى بعد سداد الدين، لأن الورثة يجب أن يخلص لهم ثلثا الباقى بعد سداد الديون، ولايخلص لهم الثلثان كاملين، إلا إذا كان تقدير الوصية مضافاً إلى التركة الخالصة من الدين.

(ثانيهما) أن التركة إذا كانت خالية من الدين، ولا وارث للموصى، بل سيذهب المال إلى بيت المال، أى إلى الخزانة العامة — نفذت الوصية كلها، وذلك لأن بيت المال آخر المستحقين للتركة، إذ أن الموصى له بأكثر من الثلث مقدم عليه.

١٥٨ — وهناك بحث يثيره الفقهاء ولم يتعرض له القانون بنص صريح ، وهو نفاذ الوصية فى الزائد عن الثلث إن أجازه الوارث ، أيعتبر التمليك من الموصى أم يعتبر التمليك فى هذا الجزء الزائد من الوارث؟ إنه مما لاشك فيه أن إجازة الوارث تبرع من قبله ، ولكن الحنفية مع ذلك قرروا أن التملك من الموصى ، وقد ذكروا عن الشافعى أن التمليك من جانب الوارث لا من جانب الموصى ، وكلام الشافعى فى هذا يقوم على أصل فى مذهبه ، وهو أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة فى أحد قوليه ، وإذا كانت كذلك ، فاجازة الوارث تمليك مبتدأ . ولذا كان لابد فيه من القبض ، وقد قوى ذلك المعنى بأن من المتفق عليه أن إجازة الوارث إذا تمت فى مرض موته هو ، لم تعتبر إلا فى ثلث تركته ، ولو كانت تمليكا من الموصى ما اعتبرت من ثلث مال الوارث المريض مرض الموت ؛ لأن التبرع ليس من ماله ، بل من مال غيره .

أما الحنفية ، فقد قرروا أن الإجازة وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعاً لا يعتبر التمليك منه ، بل يعتبر التمليك من الموصى ، وذلك سير على أصلهم المقرر عندهم الثابت ، وهو أن الوصية بأكثر من الثلث تصح ، ولا تقع باطلة ، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة ، وذلك لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصى فى ملكه ، والأصل فى تصرف الانسان فى ملكه النفاذ ، لصدور التصرف من أهله مضافاً إلى محله ، وإنما امتنع النفاذ فى الزائد على الثلث ، لحق الورثة ، إذ وقت تنفيذ الوصية تعلق حقهم بالثلثين ، فإذا أجازوا ، فقد زال المانع ، وبقى السبب المنشىء لملكية الموصى له قائماً ، وهو وصية الموصى ، فهو إذن يملك مايملك من زيادة على الثلث ، كما يملك الثلث بالسبب المنشىء وهو التصرف الصادر عن الموصى ، فليست الإجازة إذن منشئة للحق ، حتى يسند التمليك إلى الوارث ، بل الإجازة منفذة للحق ، وإنشاؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية ، وبعبارة أدق الإجازة كانت إزالة للمانع الذى منع من إعمال السبب ، وهو حق الوارث .

وأما اعتبار الإجازة من الثلث إذا كان الوارث المجيز قد أجاز وهو فى مرض الموت ، فلأن الإجازة تبرع ، وإن لم تكن تمليكا مبتدأ ، ولا يلزم من كونها تبرعاً أن يكون التمليك من الوارث ، لأن وجه التبرع فى الإجازة أنها إسقاط لحق كان يترتب على الاستمساك به امتلاك ؛ فبإسقاطه زال امتلاك المجيز ، والتبرع الذى يكون على هذا الشكل إذا كان فى مرض الموت اعتبر من الثلث[1] .

ولهذا النظر عند الحنفية لم تحتج ملكية الموصى له فى الزائد إلى القبض ، لأن الإجازة ليست هبة مبتدأة منشئة للملكية عندهم ، بل الملكية ثابتة بالوصية ذاتها.

والقانون سلك مسلك الحنفية فى الظاهر ، لأنه لم يعتبر الوصية بأكبر من الثلث باطلة ، بل اعتبرها صحيحة ، وجعل نفاذها فقط هو المتوقف على إجازة الورثة ، وإذا كان قد صرح بذلك ، فقد كان فى هذا آخذاً بمأخذ الحنفية ، ولذلك نقول إن الملكية فى الجزء الزائد لا يعتبر الوارث قد أنشأها بإجازته ، بل يعتبر المنشىء لها هو الوصية ذاتها ، ويعتبر الامتلاك على جهة الوصية ، لا على جهة الهبة المبتدأة . فلا تحتاج إلى قبض ، ولا تحتاج إلى عقد رسمى ، ولو كانت هبة لاحتاجت إليهما ، إذ الهبة فى القانون المدنى يلزم فيها القبض اليدوى أو العقد الرسمى ، وقد سلم الامتلاك فى الزائد منهما .

١٥٩ — وقبل أن نترك الكلام فى مقدار الموصى به ، نشير إلى موضوع قد كثر الكلام فيه ، ذلك أن القانون قد جاء فيه النص فى تقدير الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة الورثة نصاً شاملا عاماً ، يعم المصريين جميعاً ، من غير استثناء طائفة منهم ، فيشمل المسلمين وغير المسلمين من المصريين ، ولكن قد اقترن إصداره بنزعتين قد بدت فى بعض إخواننا غير المسلمين .

(إحداهما) إجازة الوصية بكل المال مطلقاً ، مهما يكن نوع الورثة ولو كانوا الوالدين والأقربين من الذرية ، (والثانية) إجازة الوصية بكل المال للوالدين والأولاد وحرمان غيرهم من الورثة إذا كانوا من الحواشى ، أو الأصول غير الوالدين

(١) لخصنا هذا الجزء من البدائع ج ٧ ص ٢٧٠ .

ونريد أن نذكر هل يتسع الفقه الإسلامى لهذا ؟ وهل يكون فيه مصلحة ؟ إذ عسى أن يعود التفكير فيهما جزءا ، فنقول فى الأمر الأول . إن جمهور الفقهاء المسلمين على أن القدر الذى تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة هو مالم يخرج عن الثلث عند موت الموصى ، بعد تجهيزه وتكفينه ، وسداد ماعليه من ديون لها مطالب من جهة العباد .

ولم يخالف الجمهور فى ذلك إلا بعض آل البيت فيما روى عنهم ، وبعض الخوارج الإباضية ، فالأولون كان منهم من أجاز الوصية بكل المال ، والآخرون منهم من أجاز الوصية بالنصف ، وبعضهم أجاز أكثر من ذلك ، ولكن القولين غريبان شاذان قد أقر بشذوذهما بقية فقهاء الشيعة ، وبقية فقهاء الخوارج الإباضية ، حتى لقد قال الشيعة فى الأول إنه مخالف لإجماع المسلمين ، ولم يذكر بعض الإباضية الثانى فى كتبهم لغرابته .

اذن فليس لإجازة الوصية بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة معتمد من الفقه الإسلامى ، يسوغ الاعتماد عليه ، حتى يمكن أن يكون شرعا عاما لكل المصريين من مسلمين وغير مسلمين .

١٦٠ — وإذا كان الفقه الإسلامى لم يتسع لجعل الوصية بأكثر من الثلث نافذة لكل المصريين ، فهل يتسع لجعل ذلك خاصاً بغير المسلمين مطلقاً ، أو للوالدين والأولاد من الورثة ، وجواز حرمان الحواشى من التركة ؟ لقد جاء فى المذهب المالكى أن غير المسلم إذا كان له وارث من أهل دينه ، فان وصيته بماله كله أوبعضه تكون صحيحة .

وهذا القول بلاريب يتسع لنفاذ الوصية من غير المسلمين بأكثر من الثلث مطلقاً ، أو إذا كان للوالدين والأولاد ، ولكن إذ جعل لغير المسلمين حكما فى الوراثة يخالف حكم المسلمين فان ذلك لا يعد سائغاً مقبولا فى المنهج القانونى المتفق مع المناهج القانونية المعمول بها فى كل البلدان .

إن القوانين فى كل البلدان تعم ولا تخص ، فكل الطوائف فى أى أمة من الأمم الأوربية تخضع فى نظمها المالية لقوانين واحدة ، نعم إن أحكام الزواج والطلاق وما يتصل بهما يرجع فيها إلى الدين ، لأن نظام الزواج خاضع للطقوس الدينية ، ولو ضيق على الطوائف المختلفة فيه لكان تقييداً لحرية الديانة وذلك لا يسوغ ، وقد أقر الإسلام ذلك ، فكان يترك لغير المسلمين الذين تحت سلطان الحكم الإسلامى الحرية المطلقة فى كل مايدينون به .

أما التوريث فهو من النظم المالية . ويجب أن يكون موحداً ، وكذلك صار القانون المصرى من أقدم العصور ، فكان نظام الميراث الإسلامى يطبق على كل المصريين ، والوصايا لو أطلقت بكل المال لكان ذلك هدما لنظام التوريث ، فكان واجباً أن تخضع هى الأخرى لنظام الوصايا فى الإسلام ، وبذلك جاءت النصوص ، وبذلك جاءت أحكام القضاء فى مصر ، لم يشذ فيها حكم بخلاف ذلك .

ولقد كان من نتائج تطبيق الميراث الإسلامى والوصايا على جميع المصريين ، بل على جميع سكان الشرق العربى أن أصبح تقليداً مستقراً فى الأسرة المصرية يحكم بناءها ، ويقوى دعائمها ، فتقليد الأمم الغربية فى إجازتها الوصايا مطلقة المقدار ، تفكيك لعرا الأسر الشرقية مسلمة وغير مسلمة ، ولو كان تنفيذ الوصايا فى كل المال ذلك مشتقاً من وصايا دينية ، أومبادىء لاهوتية ، لكان لها احترام فلا نعترض عليها ، ولكن تنفيذ الوصايا مطلقة لا يعتمد على شىء من ذلك ، فحق لنا أن نطلب الوحدة فى النظم المالية ، ومنها الميراث ، والوصايا ، ولقد سهل القانون طريق المحاباة لبعض الورثة تسهيلا لم يسبق به فى تاريخ مصر والأمم العربية ، وهو إجازة الوصية لوارث ، وكفى ذلك .

حكم الوصيـــة

١٦١ م — تطلق كلمة الحكم ثلاثة اطلاقات : (أولها) الحكم التكليفى من حيث الوجوب والندب . والإباحة والتحريم والكراهة ، (وثانيها) الوصف الشرعى من حيث الصحة ، واللزوم وعدم اللزوم ، (وثالثها) الأثر المترتب على التصرف الشرعى .

ولنتكلم فى هذه الأمور الثلاثة فى الوصية :

١٦٢ م — أما أولها ، وهو الحكم التكليفى للوصية ، فنقول فيه إن الأصل فى الوصايا أن تكون مباحة ، ولكن يفوت الشخص فى حياته أحياناً بعض الواجبات المالية اللازمة ، فتكون الوصية واجبة ، وقد يتجه بها نحو الخير كالوصية لجهات البر فتكون مستحبة ، وقد يتجه بها نحو الشر ، فتكون حراماً وقد يتجه بها إلى طريق مريب ، فتكون مكروهة ، وعلى ذلك اعترتها الأحكام الخمسة .

فهى مباحة إذا كانت لغنى لا يقصد بها معصية ، ولا يكون فى الباعث إليها معصية ، لأن الصرف إلى الأغنياء ليس قربة ، فتحتسب الوصية لهم من القرابات المستحبة ، وليس فى الأمر نهى خولف ، فتكون الوصية مكروهة أو حراماً ، فلم تبق إلا أن تكون مباحة .

وهى مكروهة إذا كانت لأهل الفسق إذا لم تقترن الوصية ، بباعث محرم ، لأنها إن اقترنت بباعث محرم كانت حراماً ، وإنما كانت هذه الوصية مكروهة مع عدم وجود الباعث المحرم خشية أن يستعين بها الفاسق على فسقه ، وإذا كانت لتدفع فسق الفاسق ، كأن يكون سارقاً ، فإذا أوصى انقطع عن السرقة ، فإن الوصية فى هذه الحال لا تكون مكروهة ، بل تكون مباحة بل أقرب إلى الاستحباب ، وفى الجملة تكره إذا غلب على الظن أن الموصى له يصرفها فى أبواب الفسق والفجور .

وهى حرام إذا كانت فى معصية ، أو الباعث عليها معصية ، وقد أبطلها القانون ، وحرمها الشرع .

وهى واجبة إذا كانت لأداء ما فاته من زكوات وكفارات، وفدية صيام، وأداء الديون التى عليه إذا لم تكن عليها بينات مثبتة ومستحبة فى القربات غير اللازمة.

وتكون مندوبة إذا كانت فى القرابات الدينية غير الواجبة كالوصية للفقراء والمحتاجين.

وهذه كلها أحكام دينية تكليفية، الحساب فيها بين العبد وربه، قد أخذ القانون ببعضها، وقد أتى هو بنوع من الوصايا أوجبه وكلف المورث أن يقوم به، وأوجبه عليه، فإن لم يقم به نفذ بحكم القانون، وهو ما يسمى الوصية الواجبة.

الوصية الواجبة فى القانون

١٦٣ م — هذا حكم قد جاء به القانون، ولم يسبق بمثله، وقد وجدت الداعية إليه، وذلك أنه فى أحوال غير قليلة قد يموت الولد فى حياة أبيه أو أمه ولو كان قد عاش إلى موتهما لورث مالا كثيراً، ولكنه قد مات قبلهما أو قبل أحدهما، فانفرد بالميراث إخوة المتوفى، وصار أولاده فى فقر مدقع، واجتمع لهم مع اليتم وفقد العائل الكالئ الحرمان والفقر، واضطرب ميزان التوزيع فى الأسرة، فصار بعضها فى ثروة ترى عليه أثر النعمة مما وصل إليه من ميراث وصار بعضها الآخر فى متربة بسبب الحرمان الذى أصابهم بموت أبيهم المبكر وكثيراً ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهم المتوفى.

فجاء القانون، وقرر ذلك المبدأ العادل، واعتبره وصية واجبة معتمداً على بعض نصوص القرآن الكريم، وبعض آراء الفقهاء كما سنبين، وسد بذلك النقص، فجعل من الواجب على الموصى أن يوصى، فإذا لم يفعل، أو عاجلته المنية قبل أن ينفذ ما هم به، كانت تلك الوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون، كما ينتقل الميراث.

١٦٤م — هذا ولبيان أحكام القانون فى هذه الوصية نقول: إن القانون أوجب

على الشخص أن يوصى لفرع ولد المتوفى الذى لا يرث شيئاً ، مهما ينزل الفرع ، ما دام لم يتوسط بينه وبين ولده أنثى ، وإذا كان الولد المتوفى فى حياة أبيه ذكراً يثبت ذلك الحق لابنه ، وابن ابنه ... وإذا كان ذلك الولد المتوفى فى حياة أبيه أو أمه أنثى لا يستحق تلك الوصية الواجبة[1] كل فروعه ، بل يستحقه فقط الطبقة الأولى أى أولاد البنت فقط دون أولادهم ، وعند ما يكون ذلك المتوفى ذكراً ، يأخذ فروعه مهما ينزلوا ما داموا من أولاد الظهور ، مع ملاحظة أن يحجب كل أصل فرعه دون غيره ، فإذا كان هناك ابن مات فى حياة أبيه ، وقد

---

(١) بينت أحكام الوصية الواجبة المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، وهذا نصها :

المادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ، ولو حكماً ، بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله ، وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا ، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث ، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده ، وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

المادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبه ، وجب له ما يكمله ، وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه ، ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فمنه ، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

المادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ، فإن لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية ، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا فمنه ، ومما أوصى به لغيرهم .

ترك ذلك الابن ولدين مات أحدهما أيضاً فى حياة جده عن أولاد ، فإن الوصية الواجبة تكون لأولاد الولد المتوفى بقدر نصيبه مع أخيه ونصيب ذلك الابن يؤول إلى أولاده ، فإن كان للموصى مثلا ابن مات فى حياته ، وترك محمداً وعلياً ، ومات على أيضاً عن ذرية فى حياة جده ، فإن الوصية الواجبة تكون لمحمد وعلى مناصفة ، وما يخص محمداً يأخذه ، وما يخص علياً يكون لأولاده يقسم قسمة الميراث ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا يلاحظ أمران :

(أحدهما) أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، وأن نصيب المتوفى فى أى طبقة يأخذه أولاده ، إلا إذا كان الأصل المتوفى ولد بنت فإن فروعه لا يأخذون ، لأن أولاد البنات لا ينال منهم من الوصية الواجبة إلا الطبقة الأولى بعد البنت ، والطبقة الأولى هى ولد البنت المتوفى ، فلا يستحق أولاده ، لأنهم الطبقة الثانية .

(ثانيهما) أن التقسيم بين المستحقين للوصية الواجبة يكون كتقسيم الميراث دائماً للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنها تعويض عما كان يناله أصلهم من الميراث ، قد فوته عليهم الموت السابق على موت المورث الأصلى ، وأساسها ألا يستحق فرع الولد المتوفى ميراثاً قط .

١٦٥م — شروط إيجاب الوصية الواجبة : يشترط لإيجاب الوصية للفروع الذين ذكروا (١) ألا يستحقوا شيئاً قط من الميراث كما نوهنا ، فإن استحقوا ميراثاً ، ولو كان قليلا ، لا تجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها كاملة ، وعند ضيق الثلث عن كل الوصايا يتزاحمون مع غيرهم بحكم النسبة .

(٢) ويشترط أيضاً ألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، وإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب فى الوصية ، فإذا كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة نصيب أبيهم ، فليست لهم

وصية ، وإذا كان قد أعطاه أقل من نصيب أبيهم كمل لهم بالوصية نصيبه ، إن كان المجموع يدخل فى حدود الثلث ، وكذلك الوقف .

وهنا أمر كان يجب أن يحتاط له عند وضع قانون الوصية ، أو قانون الوقف وهو أن يحفظ لأصحاب الوصية الواجبة حقهم فيها عند وقف كل المال ، كما حفظ لفروعه الوارثين حقهم فيه ، وإلا كان للميت أن يخرج من الوصية الواجبة بوقف المال[1] لكل ورثته ، أو لهم ولغيرهم من غير أن يكون لأصحاب الوصية الواجبة أى قدر منه قل أو كثر ، وبذلك يكون القانون قد هدم بيد ما بناه باليد الأخرى ، فأوجب الوصية فى الوصية ، وفتح الباب للافلات من حكمها بالوقف ، والقانونان قد صدرا فى وقت واحد تقريباً .

ومن الإنصاف أن نقرر أن واضعى المشروع قد قدموه لدار النيابة ، وفى قانون الوقف الاحتياط لذلك ، إذ قد نص على ضرورة المحافظة على مقدار الوصية الواجبة بالوقف عند وقف المال كله ، ولكن وجد اقتراح فى دار النيابة بتأخير ذلك إلى قانون الوصية ، ثم جاء قانون الوصية من غير أن يشتمل على النص المقترح ، فعسى أن يتدارك ذلك فى القانون ، وأن يلاحظ القضاء عند التطبيق ذلك الغرض الذى ثبت رسميا ، وفى عبارات القانونين ما يتسع ذلك ، إذ أصحاب الوصية الواجبة بحكم القانون من الفروع المستحقين، بإيجاب هذه الوصية ويصح حفظ حقهم فى الثلث وصية .

١٦٦ — هؤلاء هم أصحاب الوصية الواجبة ، والأصل فى وجوبها أن الفرع يموت قبل أن يستحق الميراث ، فتجب الوصية بما يعوضهم ما فاتهم ، أو بعض ما فاتهم ، وإن ذلك يكون إذا كان موت الفرع قبل أصله ولو حكما ، كابن مفقود حكم بموته ، وأبوه حى ، فإنه يعتبر قد مات قبل أبيه بحكم القضاء بموته كأن يكون قد غاب أربع سنين فأكثر فى مظنة هلاك ، فحكم بموته ، فإن أولاده تكون لهم الوصية الواجبة باعتبار أن أباهم قد مات فى حياة أصله بحكم القضاء ، ولعله لم يمت بالفعل ، والظاهر أنه إذا ظهر حيا ، واستحق الباقى من

(١) هذا على أن الوقف الأهلى كان جائزا وقد منع بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣

الأملاك التى كان يرثها أن تبطل الوصية ، إن لم تكن باختيار الموصى ، بل كانت بحكم القانون ، وهى الحال التى تنفذ فيها إذا لم تكن وصية ، وذلك لأن الوصية التى تنشأ بحكم القانون من غير أن تكون هناك إرادة للموصى فيها ، لا يمكن أن تكون أقوى من الميراث ، وإن المفقود إذا ظهر حيا ، بطل ميراث من كان يمنعه وجود المفقود من الميراث ، واستحق من المال ما كان موجوداً . فكذلك الوصية التى تنشأ وتنفذ بحكم القانون ، لا بعبارة الموصى ، ولأن هذه الوصية مبنية على موت أصلهم الذى يرث الموصى ، فعوضوا عما فاتهم بميراث أصلهم بهذه الوصية ، فاذا استحق أصلهم الميراث ، فقد بطل السبب الذى أوجبها ، ويبطل ما فى ضمنه .

أما إذا كان الشخص قد أوصى باختياره لهؤلاء الذين ذكرهم القانون ، فانا لا نجد مسوغا لإبطال عبارته ، إلا إذا كان قد قيدها بموت المفقود ، وعدم ظهوره حيا ، فانها تبطل بظهوره ، لإن وجودها مقيد بشرط ، ولم يتحقق ذلك الشرط .

والوصية الواجبة كما تكون إذا مات الفرع قبل أصله ، حقيقة أو حكما وهو المفقود الذى يحكم القاضى بموته فى حياة أحد أبويه ، فيأخذ أولاده ما كان يستحق كذلك تكون الوصية الواجبة إذا ماتا معاً ، بأن كان حريق أو هدم مسكن مثلا فمات الفرع والأصل فيه ، ولم يعرف من الذى سبقت إليه المنية منهما ، فى هذه الحال أيضاً تكون الوصية الواجبة ، لأن الفرع لا يرث من الأصل ، إذ من المقرر فى قانون الميراث أن الغرقى والهدمى والحرقى ، وغيرهم ممن لا يعلم من سبق إليه الموت ممن اشتركوا فى سببه لا يتوارث بعضهم من بعض ، فلا يرث الفرع أصله ، وإذا لم يرث الفرع الأصل وورث غيره كان هذا محل الوصية الواجبة فتكون ، وهنا لا يتصور أن تصدر الوصية عن الأصل ، بل إنها تنفذ بحكم القانون من غير حاجة إلى إنشائها بعبارة الموصى .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحق أولاد المفقود الذى حكم بموته الوصية الواجبة ثم ظهر حيا بعد ذلك يرجع عليهم بما أخذوا إذا كان فى أيديهم ، ولا يضمنون لما استهلكوا أو تصرفوا فيه .

١٦٧ — وتقدر الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه أصله من ميراث فاذا مات الشخص عن ابن وبنتين وأولاد ابن متوفى فى حياة أبيهم ؛ فانهم يأخذون نصيب أبيهم بالوصية الواجبة ، وهو هنا ثلث التركة ، وإذا كان الشخص توفى عن ابن ، وبنت ، وأولاد بنت توفيت فى حياة أبيها ، فانهم يأخذون نصيب أمهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وما يستحقونه فى هذه الحال هو ربع التركة ، وهكذا . . . وغير ذلك من الصور والمسائل .

ولكن يشترط ألا يزيد النصيب على الثلث ، فان زاد على الثلث لم تنفذ الوصية من غير إرادة الورثة إلا فى الثلث . ولم تجب إلا فى الثلث ، فاذا مات الشخص عن بنت وابن ، وأولاد ابن مات فى حياة أبيه ، فان الذى كان يستحقه الابن المتوفى فى حياة أبيه هو خمسا التركة ، وهذا أكثر من الثلث ، فلا يأخذ أولاده إلا الثلث يقسم بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين .

والخلاصة أن الوصية الواجبة تقدر بالأقل من القدرين : الميراث الذى كان يستحقه الفرع الذى توفى فى حياة أصله ، والثلث ، فان كان الميراث هو الأقل قدرت به ، وإن كان الثلث هو الأقل قدرت به .

وإذا أوصى الموصى بأكثر من القدر الذى أوجبته الوصية كانت الزيادة وصية اختيارية تجرى عليها أحكام الوصايا الاختيارية من كل الوجوه ، لأن الواجب الذى اختص باللزوم هو القدر الذى حده القانون ، فلا يتجاوز مقداره .

وإذا أوصى بأقل من القدر المحدود على النحو الذى بيناه ، وجبت الوصية بما يكمله ؛ لأن هذه الوصية لاتحتاج فى وجودها إلى ذكر العبارة المنشئة لها . بل القانون أنشأها وينفذها ، وإن لم تكن عبارة من الموصى تدل على إنشاء التصرف .

وإذا كان ذلك هو الحكم إذا لم ينشىء المورث الوصية ، فكذلك إذا أنشأها ناقصة عن القدر المطلوب ، فانها تكمل ، حتى تصل اليه ، لأنه إذا كان القانون ينشئها كلها ، فأولى أن يكملها إلى قدرها .

وكذلك إذا أوصى لبعض من وجبت له الوصية ولغيرهم ، وترك بعضا ممن تجب له ، فان القانون يعطى من لم يوص له حقه غير منقوص ، ويؤخذ ذلك من باقى الثلث إن كان يسع ما أوصى به الموصى ، وما يستحق من تركته من الوصية الواجبة بحكم القانون ، فان لم يسعه كمل نصيب المستحق من الوصية الاختيارية إن كانت ثمة وصايا اختيارية ، ومما عساه يكون من زيادة فى نصيب من خصه بالوصية . وترك غيره .

١٦٨ — والقول الجلى فى هذا المقام أن الوصية الواجبة تنفذ ، وإن لم تصدر عن الموصى صيغة منشئة لها ، وأنه إن صدرت الصيغة ولم تكن على الوجه الذى وضعه القانون أو بغير القدر الذى وضعه القانون تدخل القانون لتكون الوصية بالوضع الذى اختاره ، وبالقدر الذى حده ، فاذا أعطى للأنثى مثل الذكر ، كمل للذكر نصيبه الذى يخصه فى نصيب أصله ، وإن أوصى لبعض أولاد الفرع دون الآخر ، جعل القانون المتروك مثل المذكور فى الوصية ملاحظاً قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن أعطى أحدهما أكثر مما يستحق والآخر أقل مما يستحق ، كان الزائد فى الاول وصية اختيارية ، وكمل الثانى حتى يصل إلى المقدار الواجب ، وقد يكون تكميلة من الزائد فى نصيب الاول إن ضاق الثلث عنهما ، ولم تكن وصية اختيارية لغيره ، وإن كانت هناك وصية اختيارية لغيره أخذ منها ومنه ، ويقسم الباقى من الثلث بحصة الزيادة ، والوصية الاختيارية

ونريد أن نسوق هنا طريقة حل المسائل التى تشتمل على الوصية الواجبة ، وكيف يستخرج مقدارها ، ويعرف على وجه لاشك فيه .

وإنه لكى نصل إلى مقدار الوصية الواجبة فى تركة يجب أن نخطو الخطوات الثلاث الآتية :

أولاها — يفرض الولد الذى مات حياً ، ويقدر نصيبه ، كما لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنت ابن قد توفى فى حياة أبيه ، وبنتين ، وابنا وأباً وأماً ، فانه فى هذه الحال يفرض الابن الذى توفى فى حياة أبيه حياً ،

ويقدر نصيبه على فرض هـــذه الحياة ، وتخرج الأنصبة على ذلك الأساس ، فيكون للأم السدس ، وللأب مثله ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون الباقى وهو الثلثان، بين الابن الحى ، والابن المتوفى الذى فرض حياً ، والبنتين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن الذى فرض حياً ثلث الثلثين وينظر ، فان كان فى حدود الثلث أخذ ، وإلا أخذ الثلث ، وهو هنا دون الثلث .

ثانيتها — يخرج من التركة ثلث ثلثيهـا ، فاذا كانت (٣٦٠ سهما فى إحدى الشركات) فانا نستخرج ثلث ثلثيها هكذا : $\frac{1}{3} \times \frac{2}{3} \times$ ٣٦٠ = ٨٠ف فهذا هو مقدار الوصية الواجبة، يخرج من التركة، ويعطى لمستحقها، وهو هنا بنت الابن المتوفى.

ثالثها — يقسم باقى التركة ، بين الورثة الحقيقيين على حسب فرائضهم الشرعية ، فيعطى الأب سدسه ، والأم مثله ، والباقى للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقد جعلنا فى هـذا الوصية الواجبة مأخوذة من كل التركة مؤثرة بالنقص فى أنصبة كل الورثة ، لا من حصص الأولاد وحدهم لأنها وصية ، والوصايا تقدم على توزيع الميراث ، وتؤخذ من كل التركة ، وتنقص فرائض كل وارث لا بعضهم ، وقدمنا التقسيم الأول فى الخطوة الأولى لاستخراج حصة المتوفى لو فرض حياً ، وبعد هـذا الاستخراج ، تصير التركة التى توزع على الورثة ، هى ما بعد تنفيذ الوصية الواجبة ، كشأن كل الوصايا .

ولنضرب أمثلة موضحة :

(ا) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت بنت توفيت أمها فى حياة المتوفاة ، وأخوين لأم والتركة ٣٠٠ ف فتحل هكذا . . .

	زوج	البنت المتوفاة	الأخوان لأم
الخطوة الأولى	$\frac{1}{4}$	الباقى فرضاً ورداً	م

وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فتأخذ البنت المفروضة حياتها الثلث ، وهو $\frac{1}{3} \times$ ٣٠٠ = ١٠٠ يعطى بنتها وهذه هى الخطوة الثانية ويقسم

باقى التركة وهو ٢٠٠ ف بين الزوج والأخوين لأم ، فيكون له النصف فرضاً ، ولهما النصف فرضاً ورداً ، وهو الخطوة الثالثة .

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ابن ، وبنت بنت ماتت فى حياة المورثة والتركة ٤٥٠ ف .

فالخطوة الأولى هكذا ¼ ⅙ ½ والباقى بعد الفروض يرد على الورثة غير الزوج :

وبما أن النصيب أكثر من الثلث تكون الوصية هى الثلث فقط ، فتكون ⅓ × ٤٥٠ = ١٥٠ ف ، والباقى وهو ٣٠٠ يقسم بين الورثة على الفريضة الشرعية ، فيكون للزوج الربع ٧٥ ف فرضاً ، والباقى لبنت الابن فرضاً ورداً .

(ح) توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت شقيقة ، والتركة ١٨٠ ف .

الخطوة الأولى يفرض الابن حياً ، فيكون له بين الورثة نصف التركة ، ونصف التركة أكثر من الثلث ، فيكون الثلث ⅓ × ١٨٠ = ٦٠ ف هو مقدار الوصية الواجبة ، ويكون الباقى وهو ١٢٠ تركة بين الورثة ، يكون للبنتين الثلثان ، وللأخت الباقى .

(ى) توفى شخص عن زوجة وابن ، وبنتين ، وبنت ابن ابن توفى أبوها وجدها فى حياة المورث ، وابن بنت ابن كذلك ، تكون الوصية الواجبة لبنت ابن الابن ، لأن الأخيرة من أولاد البطون ، ولا يستحق من أولاد البطون إلا الطبقة الأولى ، وهم أولاد البنات .

وللحل نسير الخطوات السابقة ، والأولى هى بجعل الثمن للزوجة ، والتقسيم على فرض الابن المتوفى حيا ، فيكون الباقى بعد الثمن بين ابنين ، وبنتين ، فيكون للمتوفى ⅓ سبعة الأثمان أى ⅓ × ⅞ = ٧/٢٤ ، فاذا كانت التركة ٩٦ ف فالوصية الواجبة ٧/٢٤ × ٩٦ = ٢٨ ، والباقى يقسم بين الورثة الشرعيين الموجودين .

(هـ) توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وبنت ابن ذلك المتوفى فى حياة أبيه ، والتركة ٣٦٠ ف ففى هذه الحال نفرض الإبن المتوفى حيا ، فيأخذ نصف التركة ، وهو أكثر من الثلث ، فيكون الثلث هو مقدار الوصية الواجبة ، وهو ١٢٠ ف ، وتقسيم بين بنت ابن الإبن ، وبنت الإبن بأن تأخذ بنت الإبن نصيب أبيها ، وهو ثلثا الوصية ، وبنت الإبن ثلثها وهو ٤٠ ف ويكون لبنت ابن الإبن ٨٠ ف ، لأنها نصيب أبيها الذى توفى فى حياة المورث وباقى التركة يقسم بين الورثة الشرعيين والله أعلم بالصواب .

١٦٩ — والوصية الواجبة مقدمة على كل الوصايا ، فإذا ضاق الثلث عنها جميعاً نفذت الوصية الواجبة بالقدر الواجب أولا ، والباقى من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية كل بما يقابل نصيبه[1] ؛ فيقسم بينهم بنسبة الأنصبة ، بعد أن تنفذ الوصية الواجبة على الوجه الذى سنه القانون .

وإذا ترك الموصى الوصية الواجبة ، وأوصى لغيرهم نفذت الوصية الواجبة أيضاً أولا ، لأنها لا تحتاج فى تنفيذها إلى عبارته ، وبعد تنفيذها إن بقى من الثلث شىء قسم بين أصحاب الوصايا الاختيارية بنسبة حصصهم ، كما سنبين ذلك عند الكلام فى تزاحم الوصايا .

وقد سقنا فى هذا أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية ، وطريق حلها الذى اخترناه .

ويلاحظ أن هذا القانون ، كشأن كل قانون عام فى نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطريق الحسابية ، بل بين القاعدة ؛ والأصول التى تبنى عليها المسائل ، وترك للمطبقين له طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ؛ إذ ليست هذه الطريقة حكما يجب بيانه ؛ ولكنها حساب يلاحظ فى استخراج الأرقام أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفاظ القانون وقواعده ومقاصده .

---

(١) هذا ما بينته المادة ٧٩ ونصها : « فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية » .

والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود :

أولها — ألا تزيد على الثلث ؛ لأن المقدار الذى خصصه الله سبحانه وتعالى للوصايا عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة .

وثانيها — أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث ، والوصايا تنفذ من كل التركة ؛ ومن رأسها ؛ بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ؛ وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ؛ لأنها وصية ؛ وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها — أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حياة أحد أبويه ، فلا تتجاوزه ؛ لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذى توفى فى حياة أحد أبويه لا أن يأخذ أكثر منه ؛ لأن القانون نص على أنه يأخذ مثل ما كان يأخذ أصله لو كان حيا ؛ فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطى الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله ، وهو ما أخذ إلا عن طريقه وباسمه .

١٧٠ — هذه هى القيود الثلاثة التى ألزم القانون شارحه ومطبقه بالتقيد بها عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصية الواجبة بالسهام والحساب ، ويقيد الحل المنطقى أيضاً بألا يؤثر فرض وجود المتوفى فى الورثة الموجودين فعلا بحجبهم .

ولقد فرضنا حلولا ثلاثة ، واختبرنا كل حل منها وجعلنا المقياس هو هذه القيود فما انطبق عليها تمام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن بينة[١].

الحل الأول — أن يفرض الفرع المتوفى حيا ؛ وتقسم التركة على فرض وجوده ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ؛ ولنضرب لذلك مثلا .

---

(١) ذكرنا هذا فى بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد فى قانون الوصية) نشر بعدد سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع عشر وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكماً ، وقبل أن تصدر فيه فتوى دار الإفتاء .

توفى رجل عن زوجته ، وأمه ، وأبيه ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حياً ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام مايخص الزوجة هو ٤٥ ف ، ومايخص الأم ٦٠ ف ، والأب كذلك ٦٠ فدان ويكون الباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وفيهم المتوفى الذى فرض حياً ؛ ويكون مايخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ؛ وهذا الحل ؛ وإن كان فيه القيد الأول ، والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ماأخذ على أنه وصية ؛ لأن الوصية تقتضى أن تنقص أنصبة الورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فان هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضاً على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا ، كأن يكون فى المسألة زوجة ، وأربع بنات ، وأخت شقيقة ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت شقيقة فاننا لو سايرنا ذلك الحل : لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن ، وأن تحجب الأخت الشقيقة ، وينتهى الأمر بأن نحجب وارثاً أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حياً ؛ وأن يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب لأجل ميت أيضاً فرض حياً ؛ والقانون ما تعرض بالنفى للأنصبة الشرعية الثابتة بحكم القرآن وصحيح السنة ؛ ولكن كل ما صنعه أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كان بعض المحاكم الشرعية قد سار عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام ولم يعد لذلك الرأى مناصر .

١٧١ — الحل الثانى — أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكأن واضع القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان

الموجود فرع بنت توفيت فى حياة المورث ، فإن المقنن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هذا المثل ، وهو أن تتوفى امرأة عن زوجها ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياتها ؛ وترك تركة قدرها ٣٦٠ ف ؛ فانه تحل المسألة هكذا :

لا يفرض المتوفى حياً ؛ بل تحل المسألة بين الأحياء ؛ فيكون للزوج الربع والباقى للبنت والابن للذكر مثل حظ الانثيين ويكون أصل المسألة — ٤ — للزوج — ١ — وللبنت — ١ — وللابن — ٢ — ثم يضاف مثل سهام الابن ، وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثانى ، ولم يتوافر فيه القيد الثالث : لأن الابن لو فرض حياً تكون المسألة هكذا — الزوج والبنت والابنان — ويكون للزوج الربع ؛ والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٤ يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على — ٥ — وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، ويكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنت ٥٤ ف ، وللابن ١٠٨ ف .

وترى من هذا أن الابن لو كان حياً يأخذ ١٠٨ ف ، بينما تأخذ بنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٠) وهذا غريب فى ذاته ومجاف للقواعد المتبعة فى تفسير القوانين ؛ إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها ، فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حياً ، فكيف تأخذ أكثر منه .

وإن هذه الزيادة تطرد فى كل المسائل التى يكون استحقاق الفرع المتوفى فى حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حياً .

وإنما اطردت تلك الزيادة ؛ لان نصيب الاولاد على الحل الذى يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الاولاد الموجودين فعلا ، فتكون للواحد حصة من السهام كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيراً ؛ ولو أضفنا مقدار

ماخص أحدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجوداً ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجوداً ؛ ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتبارها وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الإبن المتوفى قد فرض موجوداً تكون القسمة على بنت وابنين .

من أجل هذا قلنا إن ذلك الحل غير مستقيم أيضاً ؛ ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة الأستاذ الجليل مفتى الديار المصرية فى فتاويه ، واعتبر ماعداه باطلا ، وسنبين وجهة نظره ونناقشها إن شاء الله تعالى .

١٧٢ — الحل الثالث — وهو الحل الذى ارتضيناه من بين هذه الحلول التى فرضناها ، والقانون بعد بكرلم توضح مسائله ، وذلك الحل الذى يتلخص فى أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة وبيان مايستحقه كل وارث ثلاث خطوات كما قدمنا ، ولنكررها هنا فى مثال جديد للموازنة :

أولاها — أن نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حياً ، ويقدر نصيبه لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنتين وأبنا ، وأبا ، وأما ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياته ، وترك تركة هى ٢٧٠ف — يفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حياً ؛ ويبين مقدار نصيبه بالسهام ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وصحت إلى — ١٨ — يخص الأم السدس وهو ٣ ، والأب كذلك — ٣ — وكل بنت ٢ ، وكل ابن — ٤ — وعلى ذلك يكون مايخص الابن الذى فرض حياً من التركة ٤ ÷ من ١٨

الخطوة الثانية — أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ف فيضرب $\frac{٤}{١٨}$ × ٢٧٠ = ٦٠ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ، ويستنزل من التركة فيكون الباقى ٢٧٠ — ٦٠ = ٢١٠

وذلك يكون إذا كان مقدار نصيبه الثلث ، فأقل ، فإن كان أكثر لم يستنزل إلا الثلث .

الخطوة الثالثة — أن يقسم ذلك الباقى على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذى فرض حياً ، فيكون الأب له السدس ، والأم مثله ،

وللبنت والابن الباقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فيكون أصل المسألة — ٦ — للأم ١ — وللأب — ١ — وللابن — ٢ — ولكل واحدة من البنتين — ١ — فتأخذ الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنت — ٣٥ — والإبن ٧٠ ف

وهذا الحل ارتضيناه ؛ لأنه لا يخرج عن القيود الثلاثة التى قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ؛ لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الاولاد فقط ،كشأن كل الوصايا تنفذ من أصل التركة كلها ؛ وهو يعطى فرع الولد المتوفى مايستحقه لو فرض حياً بلا زيادة قط ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل إن فرع الولد المتوفى سيأخذ أقل من الابن الموجود فعلا ؛

ونحن نقول إن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ماكان يستحقه الولد المتوفى ، ومايعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ؛ وهى التى من أجلها نرتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذى اختاره فضيلة المفتى ، وهو أحد الفروض التى ذكرناها[1] ، وبينا عدم استقامته ؛ لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائما ثابتا ، ويترك التماثل بين مايأخذه الفرع ، وما كان يأخذه أصله ؛ فيوجد تماثلا غير مطلوب فى القانون ؛ ويترك التماثل المطلوب فى القانون .

كان إذاً بيننا وبين فضيلة مفتى مصر اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التى ذكرناها مارأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حياً ؛ ويرفض مارأيناه مستقيما ، مع أنه يكون فيه التماثل بين مايأخذه الفرع ، وماكان يأخذه أصله لوكان حياً ، وينفذ على أنه وصية ؛ ولا يرى أن فى أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حياً أى مخالفة للفقه والقانون .

(١) راجع بحثنا فى مجلة القانون والاقتصاد فى عدده سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع عشر ، العدد الثالث .

ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلا يسوغ له ذلك؛ وهو ما فهمناه من مناقشته، ومناقشة مساعديه، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين:

(أحدهما) أن صدر المادة — ٧٦ — يقول: «إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما — بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع ....».

فهذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، فإن حلها يكون بتقسيم التركة بالسهام على الورثة الموجودين، ويضاف إلى مجموعها مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه، وهو الولد، ثم تقسم التركة على سهام الورثة، وسهام الموصى له، فكذلك يكون المسلك هنا.

وإذا قيل لهم إن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حياً؛ قالوا إن الفتاوى الهندية، تقول إنه الموصى لو قال أوصيت بمثل نصيب ابنى لو كان حياً أو بنصيب ابنى لو كان موجوداً، فإنها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة، وتحل المسألة بفرض سهام الابن، وتضاف إلى أصل المسألة.

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابنى فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجوداً لاعتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه؛ لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هذه الصيغة، فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، ويسلك طريق استخراجها.

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث؛ وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى؛ لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام فإليه المرجع حيث لا نص، ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حل وصية جاءت على هذه الصيغة لا نجد حلا لها فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة.

هذا ما ساقه فضيلة المفتى ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ؛ ولم نقرأه محرراً بتمامه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا .

ونحن نقول فى رد ما ساقوا ، إنه كان يكفى أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدى إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذه الولد نفسه ، وأن واضعى ذلك القانون الذى لم يكن له أصل قط فى المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الولد فى دائرة الثلث ، كان يكفى ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق فى استخراج حل أقرب إلى العدل ؛ ولذلك لما علمت فى اكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتى قد كتب فتوى على تلك الشاكلة ذهبت إليه وأطلعته على البحث الذى نشرته فى مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ؛ ونبهته فى أدب إلى ما يؤدى إليه الحل الذى اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى . . .

ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يستمسك برأيه يزيده قوة استمساك ؛ وشدة فيه ، ولكنى فعلت لتبرأ ذمتى ، وعساى أصل إلى ما يغير فكرتى ؛ فلم أجد ما يغيرها ووجدت ما بينت خلاصته .

١٧٣ — والآن نبين وجه الخطأ فى رأى فضيلة الأستاذ الجليل ، ولا عيب على عالم عظيم مثله فى أن يخطىء ، إنما العيب فى أن يدعى أحد له أنه لا يخطىء .

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى فى مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية إلا شيئاً تعلق به من رأى لابن حزم فى جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ؛ وينفذ ما يبدنه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك فى تنظيم الوصية الواجبة ؛ وعلى ذلك يصح لنا أن نقول فى حق — إن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى فى تفسيره ما يجرى فى

تفسير القوانين الوضعية مقيدين بأصول التفسير فى القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التى بينها اللغويون؛ ونظمها الأصوليون بباب الدلالات فى علم الأصول.

وإن ذلك ينتهى بنا إلى أن نتقيد فى التفسير بأمرين :

أحدهما — ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما — الاستعانة بمقصد المقنن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهده ؛ على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتمل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكما فيه .

١٧٤م — وإننا إذ نقيد أنفسنا فى التفسير ذلك التقييد نجد الطريق مبعداً ، بل إن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقنن صرح تصريحاً قاطعاً ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — فى عجزها . « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هـذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثاً) فى حدود الثلث .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثاً لو كان حياً ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التى نص القانون عليها .

والجزء الذى ساقه فضيلة المفتى لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذى أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته » التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوى، وهو المماثلة والمساواة فى التقدير فهى تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حياً ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى فى حياة أبويه ، وهى « ما كان يستحقه ميراثاً ، لو كان حياً عند موته » فهذه العبارة تفيد أن ما كان

يأخذه الولد ميراثاً يؤول إلى فرعه، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان يأخذ الولد الذى أخذ هو عنه.

وعلى ذلك ننتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه بأى مقدار، مهما يكن قليلا، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع.

أولها — التعبير بكلمة «مثل ما كان يستحقه» وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة، ولا مساواة إذا كان أحد الشيئين أكثر من الآخر.

وثانيها — كلمة «يستحقه ميراثاً لو كان حياً» فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه، ثم يعطى ذلك المقدار، لا يزيد عنه؛ فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثاً يكون باطلا، ومخالفاً لنص القانون.

وثالثها — وهو الأخير عبارة «وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا هذا النصيب».

وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظى الحرفى للمادة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذى توفى فى حياة أبويه ميراثاً، فكل حل يؤدى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفاً لنص القانون، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة، والحل الذى يؤدى إليها يكون غيرمستقيم.

١٧٥ م — وإن المقصد الذى رمى إليه المقنن من سن الوصية الواجبة أن يأخذ هذا الفرع نصيب والده، لكيلا يحرم فروع من يموت فى حياة أحد أبويه، وهم ذرية ضعاف، ولم يقصد المقنن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم، وإلا كان ذلك شططاً، وخروجاً عن الجادة، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه، هذا غريب فى بدائه العقول وكان ذلك وحده كافياً لأن يعتبر الحل الذى يؤدى إليه غير مستقيم كما ذكرنا.

وفوق ذلك أن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحد أبويه، ولقد كان ذلك مفهوما لدى أعضاء

بمجلسى الشورى ؛ وهو الذى سوغ لهم الموافقـــة .

وقد قال أحد الشيوخ مدافعاً عن الوصية الواجبة من فوق منبر مجلس الشيوخ ، وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل . قال ذلك الشيخ مانصه :

« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فاذا مات ولد من أولاده ، أوابن ابن من طبقة أوطبقتين أومن ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن ، وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات ، ويرث من المورث فيما يخرج من الثلث ؛ لأنها وصية . فيأخذ نصيبه ملكا . وهذا المالك له من أولاده بنت ، فالبنت إذا ماتت قبل ابنها يحتم القانون أن أبناء البنت ذكوراً أو أناثا يمثلون أمهم ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكا وانتفاعا ، وينتقل إلى ورثتهم من بعدهم » .

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل ذلك فى المجلس مسوغا للقانون مدافعاً عنه ؛ ولم يخالفه أحد ؛ وخصوصاً فضيلة ممثل وزارة العدل ، أو بالأحرى ممثل لجنة الأحوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض فى اعتبار الوصية الواجبة إحلالا لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه ميراث ، بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثاً ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة المتضافرة بل يستحقه على أنه وصية تنفذ من التركة كلها ، وفى دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصده الثابت أن الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة أحد أبويه .

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن أصلهم المتوفى فى حياة أحد والديه ، وكيف يعطون نصيباً أكثر ممن يتلقون الاستحقاق عنه !! إن هذا فى القياس عجيب .

١٧٦ — وفوق ذلك إن القانون يوجب بنصـــه أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أحد أبويه حياً ، ويبين ما يأخذه ميراثاً ؛ لأن نص المادة يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته أو مات معه ، ولو حكما

بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت .. »

فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطاءه نصيبه ميراثا ، ثم نقل نصيبه هذا إلى فرعه ، والحل الذى يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه حياً ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حياً ، ومن غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

١٧٧ م — تبين مما تقدم مخالفة الحل الذى يجعل الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة — للقانون ، وبقى أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان فضيلة الأستاذ المفتى .

أولهما — أنه إذا قال الموصى أوصيت لفرع ولدى فلان الذى توفى فى حياتى بمثل نصيب ابن من أبنائى ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون فى ضمنها الوصية الواجبة ، ومازاد عن الوصية الواجبة ؛ وهى نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، ومامن حرج على الموصى فى أن يوصى لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو مانص عليه القانون ، فنحن مقيدون فى تقدير الوصية الواجبة ، بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثاً لا تتجاوزه ، ولكن قد ننقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من التركة قبل التوزيع .

ثانيهما — أن فضيلة الأستاذ المفتى قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج الوصية الواجبة ، فعلينا أن نرجع فى طريق استخراجها إلى مذهب أبى حنيفة !! ونقول فى الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكما فى موضوع لم يبين القانون حكمه ، إنما هى توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع فى تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلا ؛ وفوق ذلك فان القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث

لايخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ؛ وهذا قانون الميراث ، فهل فيه طرق حل المسائل ؛ إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير سليم ، لأن القانون يكاد يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حياً ، ويستخرج نصيبه ميراثا ويعطى فرعه فى حدود الثلث ؛ على أنه وصية ؛ ونكرر ذكر ذلك ؛ إذ تقول المادة —٧— إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أومات معه ولو حكما بمثل نصيب هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حياً عند موته ، فهو صريح فى وجوب فرضه حياً ، واستخراج نصيبه ميراثا ، واخراجه من التركة على أنه وصية ثم يقسم الباقى من التركة بعد ذلك بين الورثة الشرعيين .

فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيراً لوكان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل يهدم نصه ومقصده ، فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة فى طريق استخراج الحل ، لأن الحل ليس حكما ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده ، والعماد فى ذلك القانون نفسه وقوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلا لمسائله .

١٧٨ — ونريد أن نذكر فضيلة المفتى الجليل بأن هذا القانون زيادة على فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا مأثور السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن امام الزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا مأثور السنة النبوية الشريفة ؛ ولم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد فى العطاء ، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها ! ! اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم وأطنبنا فى البيان ، لكى نخرج من الربقة ، ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

١٧٩ — هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة وطرق حلها والمستقيم منها ، كما صرح بها القانون ، وهذه الأحكام فى غايتها ومرماها ، وفى الغرض منها والسبب الباعث عليها ، تنحو نحو الميراث ، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد من يموت فى حياة أبويه ميراثاً مفروضاً ، هو ميراثه الذى كان يستحقه لو بقى بعد وفاة أصله ، على ألا يتجاوز الثلث ، وإذا كان ذلك غاية القانون ، فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثا ، ولذا تجب من غير إيجاب ، وإذا وجبت صارت لازمة ، لا تقبل عدم التنفيذ ، وبذلك تشابهت مع الميراث ، فهل تتشابه معه أيضاً فى أنها تدخل فى ملك الموصى له من غير حاجة إلى القبول ؟

ظاهر القانون الذى يستفاد من مجموع أحكامه ، ومن بعض عباراته أنها لا تحتاج إلى القبول ، لأنها من جهة ميراث ، زاده القانون ، والميراث لا يحتاج فى دخوله فى الملك إلى قبول ، ومن جهة أخرى فان القبول ، كما نصت على ذلك المواد المبينة له[1] شرط للزوم الوصية ، وإذا كانت هذه الوصيه لازمة بمجرد صدورها ، بل تلزم فى التركة ، وإن لم تصدر عبارة منشئة لها ، فهى إذن ليست محتاجة إلى قبول ، بل تلزم بدون وجوده ، وإذا لزمت فى ذاتها ، وألزم الورثة بها ، فهى لازمة فى جانب الموصى له ، لأن استحقاقه لها بحكم القانون ، لا بحكم التصرف .

ومن جهة ثالثة ، فان هذه الوصية مادامت لازمة فى ذاتها ، وأنها كالميراث ، أوهى ميراث قانونى ، وإن لم يكن شرعياً ، فالملكية تثبت كالميراث بمجرد الوفاة وإذا ثبتت بمجرد الوفاة ، لم يكن للقبول من بعد موضع ، ولم يكن للرد محل ، لأن الميراث لا يرد ، ولكن قد يقول قائل إنه لم يزل عنها وصف أنها وصية فلا بد من استيفاء شروط الملكية فيها ، وهو القبول ، وهو قول له وجهته ولا مانع من الأخذ به ، فالأمر فيه احتمالان متساويان ، والأول يؤيده الظاهر ، والثانى يؤيده وصف التصرف والوسط أن يقال أنها تقبل الرد .

---

(١) راجع فى ذلك المادة ٢٠ فانها تقول فى صدرها : « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة »

١٨٠ — الأصل الشرعى للوصية الواجبة: قالت المذكرة التفسيرية فى الأصل الشرعى لهذه الوصية : « القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب ، والحسن البصرى ، وطاووس ، والإمام أحمد ، وداود والطبرى ، وإسحاق بن راهويه ، وابن حزم ، والأصل فى هذا قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف ، حقاً على المتقين » والقول باعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين ، على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص له مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض التابعين ، ورواية فى مذهب الإمام أحمد » .

هذا ما ذكرته المذكرة فى الأصل الشرعى لما اقترح واضعو هذا القانون ، وقد قسمت فيه القانون بالنسبة للوصية الواجبة قسمين : (أحدهما) الوجوب فى ذاته (وثانيهما) أنه إذا لم ينفذ الموصى ما وجب عليه ، نفذ بغير إرادته بحكم القانون .

وجعلت أصل القسم الأول قول بعض التابعين ، والظاهرية ، وأحمد .

وجعلت أصل القسم الثانى قول ابن حزم ، ورواية فى مذهب أحمد .

والحق أن الأصل فى الجملة هو قوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين حقاً على المتقين » ، فان عبارة الآية الكريمة تفيد وجوب الوصية للوالدين والأقربين ، لأنه عبر عن شرعية الوصية بقوله تعالى « كتب » وهى تدل على الفرض ، وذيلت الآية بقوله تعالى « حقاً على المتقين » وذلك من أبلغ الألفاظ الداله على الوجوب ، حتى لقد قال الجصاص فى ذلك المقام : « لا شىء فى ألفاظ الوجوب آكد من قول القائل : هذا حق عليك » ، وتخصيصه المتقين بالذكر على وجه التأكيد .

١٨١ — ولقد اختلف العلماء فى استمرار ذلك الوجوب الذى يحتم الوصية للأقارب ، أهو وجوب محكم لم ينسخ أم نسخ ، قال جمهور العلماء إن ذلك الوجوب نسخ ، واستدل لهذا بأن من أصحاب رسول الله ﷺ من لم ينقل عنهم وصايا ، ولم ينقل نكير لذلك ، ولو كانت الوصية واجبة لم يخلوا بذلك الواجب ،

ولنقل عنهم حكم الوجوب والعمل به نقلا ظاهراً ، واستدل أيضاً بأن الوصية عطية ، والعطايا ليست بواجبة فى الحياة ، فلا تجب بعد الوفاة ، ولأن الوصية للأقارب كالوصية للأجانب ، ومادامت هذه ليست بواجبة فهى مثلها ، ولأن المقرر الثابت أن الوصية للوارث نسخت بآية المواريث عند جمهور الفقهاء ، فنسخت هذه الآية فى جملة معناها وأحكامها ، لأنه إذا كان قد نسخ أصل الوصية للوارث الذى تدل عليه الآية ، فقد نسخ كل ما تضمنته .

وقال بعض الصحابة والتابعين إن الوجوب الذى تضمنته الآية مازال قائماً ، وهو وجوب محكم ، بالنسبة للأقارب غير الوارثين ، وممن قال هذا القول ابن عباس فى إحدى الروايتين عنه ، والحسن البصرى ، ومسلم بن يسار ، والعلاء بن زياد ، ومسروق ، والضحاك ، وطاووس ، ولقد قال مسروق : « إن الله قسم بينكم ، فأحسن القسمة ، وإنه من يرغب برأيه عن رأى الله عز وجل يضل ، أوص لقرابتك ممن لا يرث ، ثم دع المال على ماقسمه الله عليه » وقال الضحاك : « من مات من غير أن يوصى لأقربائه ، فقد ختم عمله بمعصية » وقال طاووس : « إن أوصى للأجانب ، وترك الأقارب نزع منهم ورد إلى الأقارب »[1] .

وقد ساق الفخر الرازى فى تفسيره حجة هؤلاء فقال :

« عند هؤلاء أن هذه الآية بقيت دالة على وجوب الوصية للقريب ، الذى لا يكون وارثاً ، وحجة هؤلاء من وجهين :

(الحجة الأولى) أن هذه الآية دالة على وجوب الوصية للقريب ، فترك العمل به فى حق الوارث القريب ، إما بآية المواريث وإما بقوله عليه الصلاة والسلام : « لاوصية لوارث » أو بالإجماع على أنه لاوصية لوارث ، وها هنا الإجماع غير موجود مع ظهور الخلاف فيه قديماً وحديثاً ، فوجب أن تبقى الآية دالة على وجوب الوصية للقريب الذى لا يكون وارثاً .

(الحجة الثانية) قوله عليه الصلاة والسلام « ماحق امرىء مسلم له مال أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وأجمعنا على أن الوصية لغير الأقارب

(١) راجع هذه النقول فى المحلى لابن حزم .

غير واجبة، فوجب أن تكون هذه الوصية الواجبة مختصة بالأقارب، وصارت السنة مؤكدة للقرآن فى وجوب الوصية.

١٨٢ — هذه آراء المتقدمين من العلماء فى وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، وقد سقنا أدلة الذين يرون وجوبها، وبقى أن نتكلم فى ثلاث مسائل:

(أولاها) قوة الوجوب أهو وجوب دينى تتأثم به النفس إن لم يؤده، وليس لأحد عليه من سبيل فى حمله على أدائه، وليس للقضاء تنفيذه فى ماله من غير إرادته.

(الثانية) أهذا الوجوب يثبت للأقارب من غير قيد ولا شرط، غنيهم وفقيرهم فيه سواء.

(الثالثة) أيسقط الوجوب إذا أوصى لبعض الأقارب الذين تجب الوصية لهم، أم لا يسقط الوجوب إلا إذا أوصى لهم جميعاً، أم هنالك ترتيب فى درجات الاستحقاق.

أما عن المسألة الأولى، فقد اختلف فيها الذين قالوا إن الوصية واجبة على رأيين: رأى يرى أن الوصية للأقربين واجبة ديناً لا قضاء، فإن تركها وأوصى لأجانب أثم، ولا سبيل لأحد عليه، ورأى فريق آخر أن الوصية للأقارب واجبة ديناً وقضاء، فإن أوصى للأجانب وترك الأقارب أخرج للأقارب، ونقضت وصية الأجانب.

وقد أجمل الرازى فى تفسيره الرأيين، فقال: «إذا أوصى للأجانب وفى الأقارب من تشتد حاجته، هل يجوز للوصى تغيير الوصية؟ أما من يقول بوجوب الوصية لمن لا يرث من الوالدين والأقربين، فقد اختلفوا فيه، فمنهم من قال كانت الوصية للأقارب واجبة عليه، فإذا لم يفعل وصرف الوصية إلى الأجانب كان ذلك الأجنبى أحق بها، ومنهم قال ينتقص من ذلك، ويرد للأقربين».

والرأى الأول بلا ريب لا يؤيد القانون، أما الرأى الثانى فيؤيده، إذ هو الذى يجعل للقاضى أو الوصى المنفذ للوصايا سلطان التغيير.

والرأى الثانى يتناول بعمومه أمرين يجعل للقضاء وللوصى سلطاناً فيهما:

(أحدهما) جواز إنشاء وصية لم ينشئها الميت، وثانيهما جواز التغيير فى وصاياه، فيجعلها فى الأولى بالعطاء من الأقارب.

أما الأمر الأول فقد أثبته ابن حزم بما روى عن عائشة أن رجلا قال للنبي ﷺ : « إن أمي افتلتت نفسها ، وإنها لو تكلمت لتصدقت ، أفأتصدق عنها يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ : نعم ، فتصدق عنها » وروى أبو هريرة وغيره مثله ، وهذا يدل على جواز إنشاء وصية في ماله إذا لم ينشئها ، ولذا قال ابن حزم بعد أن ساق ما ساق « قد وجب لهم جزء من ماله ، مفروض إخراجه لمن وجب له إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه » .

وأما الأمر الثاني وهو جواز تغيير الوصية ، فهو مستفاد من قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفاً او إثماً ، فأصلح بينهم فلا إثم عليه » وأي جنف أو أثم أعظم من أن يترك ذوي رحمة محتاجين في عوز ومخمصة ، ويوصي للأجانب .

١٨٣ — أما المسألة الثانية ، وهي وصف الأقربين الذين تجب الوصية لهم ، فقد وجدنا بعض الذين يقولون إن الوصية للأقارب واجبة إذا كانوا غير وارثين يشترطون للوجوب الاحتياج ، فابن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية الواجبة للأفقر ، فالذي يليه من الأقارب غير الوارثين ، وعن طاووس أنه قال إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت إليهم .

وبعض الذين قالوا إن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة لم يشترطوا الاحتياج.

والحق اننا إن أخذنا بالوجوب يجب أن نعتبر الاحتياج ، لأن الأصل في الوصايا أنها من باب الخير والصدقات ، وقد شرعها الشارع رحمة بعباده ، ليتمكن كل من فاته خير لا يستطيع تداركه — من الوصية به ، فإذا كانت هناك وصية واجبة يجب أن تكون متلائمة مع غرض الشارع من الوصايا غير مائلة عنه ، والوصايا شرعت لأجل الصدقات ، فيجب أن تكون كذلك ، ولا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية الواجبة للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم ، ولأن الوصية الواجبة للأقارب تقدم على غيرها ، فيجب أن تكون القربة فيها أوضح .

١٨٤ — أما المسألة الثالثة ، وهي بيان ما يؤدى به الواجب من الوصايا ، أتصرف الوصية الواجبة لكل الأقارب الذين لا يرثون ؟ لقد روى عن ابن مسعود

أنه يرى الوصية للأفقر ، فالأفقر ، فالواجب أن يجعل الوصية لأفقر الورثة .

وروى عن بعض التابعين عدم التعيين ، ولعلهم تركوا أمر بيان المستحق للوصية للوصى ، وللموصى نفسه ، وتحريه مايكون فيه مصلحة للأسرة ، ومايتفق مع ما يقضى به العرف والأخلاق الفاضلة .

١٨٦ — هـذا هو الأصل الفقهى الإسلامى للوصية الواجبة ، وقد بيناه بوضوح وجلاء ؛ وقد قصر القانون الوصية الواجبة على الأحفاد الذين مات أصلهم فى حياة أبيه أو أمه ، فى الحدود التى بيناها ، وأن تكون الوصية بمثل نصيب أصلهم هذا ، بشرط ألا يزيد على الثلث ، وقد بينت المذكرة التفسيرية أنها قصرت هذه الوصية على الأحفاد ، وحددت القدر الموصى به اعتماداً على مذهب ابن حزم .

ومذهب ابن حزم فى الجزء الواجب إعطاؤه للموصى له أنه يجوز أن يحده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تقديره بأقل أو بأكثر ، كذلك يجوز فى مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض ، وحينئذ يكون لولى الأمر أن يحد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى القانون ، ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم فى الميراث ، لو بقى حياً .

والآية الكريمة ظاهرة فى أن الوصية الواجبة للأقربين هى الوصية بالمعروف ، وكلمة المعروف فى القرآن تفسر بما تطمئن إليه النفوس والعقول ، ولا تنبو عنه المصلحة ، ويكون العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط ، وعلى هذا الاصل يكون لولى الامر أن يأمر الناس بالمعروف فى الوصية الواجبة للأحفاد بأن تكون بمثل نصيب أصلهم فى حدود الثلث ؛ لأن هذا فى نظره هو العدل الذى لاوكس فيه ، ولا شطط ، فإذا نقصوا أحداً ماوجب له ، أولم يوصوا له بشىء ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف[1] .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يعتمد على رأى التابعين الذين ذكرناهم ، ونقله ابن مفلح عن أحمد ، والله سبحانه أعلم .

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية .

الوصف الشرعى للوصية

١٨٧ م — تكلمنا فى حكم الوصية التكليفى فى الفقه والقانون ، وبينا الوصية الواجبة ، والآن نتكلم فى الوصية من حيث الوصف الشرعى ، أى من حيث الصحة واللزوم .

إذا استوفت الوصية شروط صحتها عند إنشائها ، ولم يحدث قبل الوفاة ما يبطلها فهى صحيحة ، وتكون لازمة إذا كانت وصية واجبة ، بل إنه إذا لم ينشئها نفذت من غير عبارة منشئة لها .

وإذا كانت الوصية اختيارية فهى عقد غير لازم[1] يجوز الرجوع فيه فى أى وقت شاء ؛ وذلك لأن الذى وجد منه فى حال الحياة هو الإيجاب ، والأصل فى التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط بهذا الايجاب حق لغير المتكلم به ، والوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا يترتب عليها أى حق قبلها ، وإذا لم يكن لأحد حق فى حال الحياة ، فهو حر فى كلامه ، له أن يرجع عنه فى أى وقت يبدو له الرجوع ، ولأن الوصية عطية كالهبة ، بل هى أضعف منها ، لأن الهبة إن تمت أوجدت للموهوب له ملكية ، وإذا كانت الهبة بعد تمامها عقداً غير لازم ، فأولى أن تكون الوصية تصرفاً غير لازم .

---

(١) قد بينت حكم الوصية من حيث اللزوم وما يعد رجوعاً ومالا يعد المادتان ١٨ و ١٩ ، وهذا نصهما :

مادة ١٨ — يجوز الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ، ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا ، إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

١٨٨ م — والرجوع يصح بالقول الصريح ، ويصح بكل فعل يدل عليه ، وتقوم القرينة أو العرف فيه على أنه أراد بالفعل نقض الوصية ، أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها ، كأن يكون الموصى به حيواناً فيذبحه ، أو ثياباً فيخيطها لنفسه ويلبسها ، ونحو ذلك من الأفعال التي تنقض الوصية ، ويتعذر تنفيذها في الموصى به بعد وقوعها ، أو تدل بالعرف على أن الفعل لا يكون إلا إذا كان قد أراد الرجوع ، والعرف والقرائن هما الحاكمان .

ويصح الرجوع أيضاً بكل تصرف شرعى من شأنه أن يخرج العين عن ملك الموصى ، أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن ، فبيعها وهبتها يبطلان الوصية فيها لخروج العين عن الملك ، ولو عادت إليه بعد ذلك ، ولو كانت العودة بفسخ التصرف نفسه ، لأن ذات الاقدام على التصرف قرينة قاطعة على الرجوع ، وبالرجوع تنقض الوصية ، فلو عادت العين إلى ملكه ، ولو بفسخ العقد ، كأن يشترط في البيع خيار الشرط ثم يفسخ ، أو يكون الشرط للمشترى ، ثم يفسخ ، أو يرجع في الهبة ؛ فان ذلك لا يبطل الرجوع الذى تم بإقدامه على البيع ؛ وعلى ذلك إذا أراد الوصية فلا بد أن ينشئها بعبارة جديدة .

ومن التصرفات التي تدل على الرجوع الوقف ولو كان مؤقتاً ، ولو كان للواقف حق الرجوع فيه ؛ لأن الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية ، ولو رجع عن الوقف بعد ذلك ، لأن الوصية بطلت بالرجوع .

هذا ويلاحظ أن الرجوع القولى ، لا تسمع به الدعوى بعد الوفاة إلا إذا كان ثابتاً بورقة رسمية ، أو ورقة عرفية قد كتبت كلها بخط المتوفى ، وعليها إمضاؤه ، أو بورقة عرفية قد صدق فيها على توقيع المتوفى ، وذلك في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، أما الحوادث السابقة على ذلك ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى[١] .

---

(١) راجع في ذلك المادة الثانية من القانون ، والمادة ٩٨ من لائحة المحاكم الشرعية .

هذا فى الرجوع القولى ، أما الرجوع الفعلى ، فلايحتاج فى إثباته بعدالوفاة إلى مايحتاج اليه الرجوع القولى ، وذلك لأنه حوادث مادية يمكن أن تجرى عليها وسائل الإثبات العادية واضحة جلية ، ولأنه فى كثير من أحواله لايجعل العين فى ملك المتوفى عند الوفاة ، أولايمكن تنفيذ الوصية فيها ، فلايحتاج إلى إثبات .

ونريد هنا أن نبين المراد من معنى كلمة قولى أهى مقابلة للرجوع بطريق الدلالة ، ويكون المراد منها الرجوع الصريح ، وعلى ذلك يكون الرجوع الصريح هو الذى يحتاج إثباته إلى مسوغ من المسوغات المذكورة ، فالرجوع بطريق الدلالة ، ولوكان قولا لاعملا كالتصرف فى البيع لايحتاج إلى إثبات بالأوراق ، أم المراد من الرجوع القولى كل رجوع يكون بالقول سواء أكان بالقول الصريح أم بتصرف قولى دل عليه ؟ .

الظاهر هو الأول ؛ لأنه المتبادر ولأن دلالة التصرفات القولية على الرجوع إنما هو بسبب أن فيها إخراج العين عن الملك ، وهذا ليس أمراً قولياً فقط ؛ فأساس الرجوع فيها ليس هو القول حتى يسمى قولياً ؛ بل يعلم الرجوع من قرائن أخرى لاتعد قولية فقط .

هذا وإن تسمية الرجوع الصريح بالرجوع القولى ، وتخصيصه بهذا الاسم ، وتسمية غيره أيا كان طريقه رجوعا فعلياً جاء فى عبارات الفقهاء ، فلم يأت القانون فيه ببدع ، ولذلك جاء فى ابن عابدين فى بيان أنواع الوصايا بالنسبة للرجوع ما نصه : « واعلم أن الرجوع فى الوصية على أنواع : مايحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بعين ، وما لا يحتمله إلا بالقول ، كالوصية بالثلث أو الربع ، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل ، وتنفذ وصيته من ثلث الباقى » .

وترى من هذا أن ابن عابدين يقرر أن كلا من البيع والهبة يعد من الرجوع العملى أو الفعلى ؛ فهو أولا جعل الرجوع الصريح قسيما للرجوع الفعلى ، وثانياً عد كل تصرف يؤدى إلى خروج العين الموصى بها من ملك الموصى يعد من قبيل الأفعال لا من قبيل الأقوال فقط .

ويجب أن يلاحظ ثلاثة أمور :

(أولها) : أن المادة الثانية من قانون الوصية تتلاقى فى معناها إجمالا مع ما أتت به المادة —٩٨— من لائحة المحاكم الشرعية خاصا بالوصية والرجوع فيها ويفترقان فى ألفاظهما من ناحيتين (إحدهما) : أن قانون الوصية ألحق بالمسوغات التصديق على الورقة العرفية غير المكتوبة بخط المتوفى ، ولم يكن ذلك فى اللائحة (والثانية) : أن الرجوع فى المادة الثانية من قانون الوصية قيد الرجوع بالقولى ، فغير القولى يثبت بعد الوفاة بكل طرق الإثبات، ولم يكن ذلك التقييد اللفظى فى اللائحة الشرعية

(ثانيها) : أن ذلك القيد ، وإن لم يذكر صراحة فى المادة ٩٨ من لائحة المحاكم الشرعية ، فاللفظ يحتمله ، بل يجب أن يكون ملاحظاً ، لأن المسوغات للاثبات التى ذكرت بها ، وهى الرسمية والكتابة ، إنما تكون فى تحرير الأقوال ، وتقييدها ، فلا تكون إلا فى الرجوع القولى ، لأن الرجوع الفعلى عمل ، لا يجرى فيه التحرير وإذا أريد تحريره كان قوليا ، وإذا لم ننظر ذلك النظر لم يكن ثمة رجوع فعلى ، وذلك باطل ، إذ اللائحة لم تمنعه ، والفقه يقرره .

(ثالثها) : أن المادة الثانية من قانون الوصية جعلت تلك المسوغات واجبة الملاحظة فى إثبات الدعاوى للحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلى اليوم ، فهى تطبق على كل الأقضية فى هذه الحوادث ، ولا يقال إنها بذلك تسرى على الماضى ، لأن تقييد الرجوع بالقولى ، هو تفسير للائحة الشرعية ، إذ هو مبين لما تضمنته ، أو على الأقل مفسر لها بطريق قانونى لما تحتمله احتمالا راجحاً ، وبالنسبة لزيادة الورقة المصدق على التوقيع فيها هو موسع ومطلق ، والله أعلم .

ومن هذا يتبين أن الرجوع الذى يسرى فى إثباته ما يسرى فى إثبات الوصايا من قيود هو الرجوع القولى ، أو بعبارة أدق الرجوع الصريح ؛ وأن التقييد هنا بالرجوع القولى ؛ هو تفسير لما جاء المادة — ٩٨ — من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ؛ ويزكى هذا ما يأتى :

١ — أن المادة —٢— تسوغ الإثبات فى الحوادث من سنة ١٩١١ إلى الآن ؛

بكل وسائل الإثبات المقررة فى قواعده ، لأن التقييد مقصور على الرجوع القولى ؛ فيبقى ما عداه على الأصول العامة فى الإثبات من غير نظر إلى هذه القيود ؛ ولو قلنا إن اللائحة الشرعية تقيد الإثبات فى الرجوع بإطلاق بالورقة الرسمية ، أو العرفية المكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعه ، لكانت أحكام القانونين متضاربه وذلك غير معقول ؛ بل لابد أن تكون متطابقة ، وذلك يكون إذا كان المقيد مفسراً للمطلق ، ثم إنه من القواعد الأصولية ، أنه إذا توارد المطلق والمقيد من الألفاظ على موضوع واحد ، واتحد السبب يحمل المطلق على المقيد .

ب — أن كلمة القولى فى المادة الثانية كانت إضافتها باقتراح من أحد أعضاء مجلس الشيوخ وقد أقر مندوب وزارة العدل إضافتها ، وقال فى جلسة ٢ من إبريل سنة ١٩٤٦ « انه تصريح بما هو متعين ، ووافق مجلس الشيوخ على ذلك الأساس ثم كانت موافقة مجلس النواب ، وان هذا يؤدى الى اعتبار كلمة القولى تفسيراً قانونيا لما جاء بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، إذ هى المتعينة فى التقدير والفهم وعلى ذلك كانت الموافقة العامة .

ح — أن لجنة العدل فيما أتت به من أحكام مغايرة بعض المغايرة للمادة — ٩٨ — لم تعتبره رجعية للقانون بل اعتبرته تفسيراً لما تحتمله تلك المادة ، فقد جاء فى تقريرها عن المادة الثانية ما نصه :

« يراعى أن ما أدخل من تعديل لا يفسر بأنه رجعية للقانون ، بل هو تصريح بما تحتمله نصوص القانون القائم » .

وإذا كانت إضافة الإثبات بالورقة العرفية المصدق على توقيعها اعتبر تفسيراً وتصريحاً بما تحتمله المادة —٩٨— ووافق على ذلك النظر مجلس الشيوخ ، ثم مجلس النواب ، فأولى أن تعتبر كلمة الرجوع القولى ذلك الاعتبار .

وقد يعترض على تطبيق المادة الثانية من قانون الوصية على الحوادث السابقة ، بأنه رجعية للقانون واضحة ، وأن محاولة تخريجها بأنها تفسير للقانون السابق يناقضه قول المذكرة التفسيرية عند تقييد الرجوع بما نصه : « اتفقوا على أن الرجوع عن

الوصية بالقول وبالفعل ، وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينبىء عنه ، ومع الاتفاق على هذا الأساس اختلفوا فى كثير من الأفعال والتصرفات لاختلاف أنظارهم على دلالتها عليه اعتماداً على العرف أو القرائن الأخرى ، لهذا يشترط فى الرجوع أن يكون بالكتابة حتى لا يحصل خلاف فى تصرفات الموصى وأفعاله هل قصد بها الرجوع عن وصيته أولا ، وليكون التشريع متجانساً فى عقد الوصية والرجوع عنها ، فنص فى المادة ١٨ على أن الرجوع يجب أن يكون بالكتابة » .

هذا هو الاعتراض ، والجواب عنه : أن المذكرة التفسيرية تقول ذلك تبريراً لاشتراط الكتابة الذى كان يتضمنه نص المادة — ٨١ — والذى كان يتفق مع المادة — ٢ — وقد كانت كلتا المادتين تشترط لوجود الرجوع لا لإثباته الورقة الرسمية أو المصدق على التوقيع فيها ؛ وقد كان ذلك منتقداً ، فلما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ثم النواب عدل المشروع ، وأصبحت الكتابة شرطاً فى سماع الدعوى لا فى وجود الرجوع ، ثم جاءت العبارات الموضحة فى لجنة العدل ، وعلى لسان مندوب وزارة العدل ؛ وعلى لسان بعض الشيوخ مناقضة تمام المناقضة لما جاء فى المذكرة التفسيرية التى خولف الأصل الذى قامت عليه .

وعلى ذلك أصبحت هذه الفقرة من المذكرة التفسيرية لا موضع لها ، لمخالفة أصلها ، لأن الذى يشرع القوانين إنما هو المجلسان لا اللجان الوزارية ؛ فتفسيره يؤخذ أولا مما وافق عليه النواب والشيوخ ؛ وما جاء على ألسنة بعضهم ووافق عليه أكثرهم ؛ فإن وجد ما يناقضه من مذكرات اللجان لا يلتفت إليه ؛ وإنما يرجع إلى كلام المذكرات التفسيرية التى تحررها اللجان الوزارية التى تقوم بالتحضير الأول إذا لم يكن ما يناقضها .

هذا وإن المادة الثانية من قانون الوصية بعد تعديلها على ضوء المادة - ٩٨ - من اللائحة ؛ من حيث تقييد الإثبات وسماع الدعوى وعدم سماعها صارت من مواد الاجراءات يسرى عليها ما يسرى على قوانين الاجراءات من حيث أنها تسرى على الماضى ؛ إذ أن قوانين الاجراءات من المتفق عليه أنهما تطبق على

الماضى فى كل ما لم يأخذ قوة الشىء المحكوم به ؛ إذ أنها لا تمس الحقوق المكتسبة التى بنى عليها منع رجعية القوانين ؛ هذا نظرنا كتبناه لوجه الله والحق ، ونرجو أن يكون الصواب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

١٨٩ — وهناك أمور قد اختلف الفقهاء فى كونها تدل على الرجوع أو لا تدل ، وقد اختار القانون عدم دلالتها ، وهى نوعان :

أحدهما — جحود الوصية ، فقد اعتبره القانون غير دال على الرجوع ، والمراد من الجحود كل نفى للوصية فى الماضى ، لأن ذلك يعتبر كذباً ، والكذب لا يبطل العقود ، ولا يلغى الحقوق المقررة أو التى ستقرر ، أما النفى للوصية فى المستقبل ، كأن يقول اشهدوا أنى لا أوصى لفلان ، فإنه فى هذه الحال لا يعتبر ذلك جحوداً للوصية ، إذ ليس نفياً لوقوعها فى الماضى ، ولكنه نفى لبقائها فى المستقبل ، ونفى الاستمرار والبقاء هو الرجوع بعينه ، فيكون رجوعاً .

فنفى الوصية يعتبر جحوداً لها ، إذا كان نفياً لوقوعها فى الماضى ، فيكون كذباً ، فلا يعد مبطلا لتصرف ، ولا ملغياً لحق ، أما إذا كان نفياً لاستمرارها وبقائها فإنه يعد رجوعاً ؛ لأن ذلك هو حقيقة الرجوع ، وليس فيه إنكار لوقوع الوصية ، حتى يكون كذباً ، وسنبين الآراء الفقهية فى الجحود فى موضعه ، وسنجلى فيها هذا المعنى .

ثانيهما — كل تغيير فى العين يزيل اسمها ، أو يغير وصفها ، أو يزيد فيها زيادة يمكن تسليمها بدونها ، أو لا يمكن ، فإنه لا يعد رجوعاً ما دامت الحقيقة لم تزل ، فإذا زاد فى العين بالبناء فهى لم تزل ، وإذا غير صفاتها بأن كانت ثياباً فصبغها ، أو قطعها ، أو كان الموصى به سيارة ، فغير بعض أجزائها ، ليجعلها أحسن ، أو يخلط الموصى به بغيره خلطة يجعله غير متميز ، سواء أكان قيمياً أم مثلياً ، ففى كل هذه الأحوال لم تزل الحقيقة ، ولم تخرج عن ملك الموصى به ، وما دامت الحقيقة فى ذاتها ثابتة لم تخرج عن ملك الموصى ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته إلا إذا صحبته قرينة قولية أو عرفية دلت على الرجوع ، فلا تكون دلالة الرجوع بذات

الفعل . إنما تكون الدلالة مما حف بالفعل من قرائن .

فالمسلك الذى سلكه القانون فى الأفعال التى قد تعد رجوعاً أنه لم يعتبر إلا ما كان منها مهلكا للعين مزيلا لها إزالة تامة ، أو ناقلا للملكية فيها نقلا تاماً ، أما إذا استهلكت العين فى غيرها ، بأن دخلت فى أشياء أخرى للموصى ولم يمكن فصلها ، فلا يعد إزالة لحقيقتها ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته ، وإن صحبه ما يدل على الرجوع اعتبر هذا دليلا على الرجوع .

وهذا غير مسلك الفقه الحنفى ، كما سنبين :

ويجب أن يلاحظ مع ذلك أن مشروع القانون كان لا يعتبر الخروج من الملك بعوض رجوعاً عن الوصية ، بل كان البدل يقوم مقام العين ، ولكن لم يؤخذ بذلك ؛ واعتبر كل تصرف يقتضى خروج العين عن الملك بعوض ، أو بغير عوض يعد رجوعاً ، ولذا جاء فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ ما نصه : « كانت المادة ١٩ تقول فيما لا يعتبر رجوعاً « ولا تصرف الموصى فيه تصرفاً يزيله عن ملكه بعوض ، ولا خلطه بغيره » فأبدل بهذه العبارة « إلا إذا دلت قرنية أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية » .

ولقد كان فى مادة مذكورة فى المشروع برقم — ٧٥ — نص يقول : « إذا تصرف الموصى فى الوصية بعوض واستبدل غيرها بها ، واقتضى ذلك دفع شىء من ماله اشترك الورثة فى الوصية بقدر ما دفعه ، وقد طلب مندوب وزارة العدل من مجلس الشيوخ حذف هذه المادة ؛ لأنها وردت فى المشروع على أساس أن خروج العين بعوض لا يكون رجوعاً فى الوصية ، وهى الآن مخالفة لما أخذ بها ، ووافق المجلس على حذفها » وبذلك زالت تلك الفكرة من القانون وزالت كل آثارها .

١٩٠ — وتبين من هذا أن كل تصرف لا يغير الجوهر الأصلى للعين ، وإنما يغير اسمها ، أو وصفها ، أو يخلطها بغيرها ، أو يمزجها مزجاً لا يقبل الانفصال لا يعد رجوعاً ، ولا دليلا على الرجوع .

ومن ذلك الزيادة المتصلة بالعين ، وقد خص القانون الزيادة بنوع من البيان

فذكر عدة أنواع من الزيادات ، لا يعد إنشاؤها رجوعاً فى الوصية ، وبين حق الموصى له فى العين ، بعد إنشاء الزيادة .

وقد ذكر القانون أحوال الزيادة وأحكامها من حيث الشركة بعد الوفاة بين الورثة والموصى له[1] .

وقد ذكر قاعدة تسرى عليها جميعاً ، وهى أن الزيادة إن كانت مما يتسامح فيه عادة ، فإنها لا توجد شركة بين الورثة والموصى له ، بل تكون العين كلها وصية للموصى له ، إذ لا تعتبر زيادة ، لأن الناس يضيفون إلى أملاكهم زيادات للانتفاع بها فى حياتهم من غير أن يقصدوا أن تكون الزيادة ذات قيمة مالية تقدر فى عين المال ، والزيادة اليسيرة التى يتسامح فيها لا تعد ذات قيمة مالية فى الجملة .

وكذلك إذا كانت الزيادة ذات قيمة مالية لا يتسامح فيها عادة ، ودل بقوله أو قرائن أخرى على إرادة الحاقها بالوصية على أن تكون من توابعها ، فإن العين تكون كلها وصية ، إذ لم تتحقق ملكية الورثة فيها ، بإدارة الموصى ذلك الإلحاق .

---

(١) بين القانون ذلك فى المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ وهذا نصها :

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها ، أو زاد فى عماراتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية ، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولو مع اشتراك تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وضم الأرض إلى أرض مملوكة له ، وبنى فيها الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية ، و ٧٢ إذا كان ما دفعه الموصى ، أو زاده فى العين يتسامح فى مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية ، وكذلك تلحق التى لا يتسامح إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد الحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ، ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

هذه قاعدة عامة ، تراعى فى كل زيادة ، فلا تكون شركة ، إلا إذا كانت الزيادة غير يسيرة ، ولم يثبت إلحاقها كلها بالوصية فى الأراضى والمبانى وما يماثلها .

١٩١ — بعد ذلك نتجه لبيان الأحوال المختلفة التى ذكرت فى القانون للزيادة ، وهى أربع (أولاها) إذا زاد فى العين من غير هدمها ، (ثانيها) إذا هدمها وغير معالمها ، (ثالثها) إذا كانت أرض عليها بناء فهدمها ، وضمها إلى أخرى ، وبنى عليهما و (رابعها) إذا جعل من الدار الموصى بها ، وأخرى لم يوص بها داراً واحدة ، بهدم وبناء ، حتى صارتا واحدة .

فلنتكلم فى كل حال من هذه الأحوال ، واحدة ، واحدة .

١٩٢ — فإذا كانت العين الموصى بها أرضاً مثلا ، وزاد فيها ، فان كانت الزيادة مما يزيد فى قيمة العين ، وتكون له قيمة إذا انفصل من العين كبناء يقيمه ، وغرس يغرسه ، فإنه فى هذه الحال لا تعتبر الأرض بما عليها كلها وصية ، بل يعتبر بعضها موصى به ، وبعضها غير موصى به ، وبعد الوفاة يكون الورثة شركاء الموصى له ، بما عليها من مبان ، أو بما فيها من غراس ، فيكون لهم فى العين قيمة البناء أو الغراس قائمين ، بأن تقدر العين خالية من الزيادة ، وتقدر مع الزيادة ، فيكون الفرق هو قيمة البناء أو الغراس ، وتكون غلات العين موزعة بنسبة مقدار القيمة لما يملكه كل واحد من الشركاء .

وإن كانت الزيادة ليست لها قيمة إذا انفصلت ، أو لا يمكن فصلها كتجصيص الدار أو مرمتها ، أو عمل تحسين فيها يزيد فى قيمتها ، ولكن ليست للزيادة قيمة إذا انفصلت ، أو لا تقبل الانفصال ، فإن الورثة من بعد وفاة الموصى ليس لهم أى حق فى العين الموصى بها[1] ، إذ أن ذلك التحسين ليست له قيمة مالية منفصلة عن العين ، وقيام الموصى به كان لبقاء العين والانتفاع الشخصى بها ، ولا يعد

(١) هذا حكم متفق عليه بين الحنفية والمالكية ، ويتفق فيه القانون مع المذهب الحنفى ، كما جاء فى تبيين الحقائق وفى البدائع ، فلا يعد مثل هذا التحسين رجوعا ، لأنه طريق لانتفاع الموصى بالعين فى حال الحياة .

زيادة مقصودة فيها، وليست لها قيمة مستقلة فى ذاتها، فلا يمكن وجود شركة بسببها بين الورثة والموصى له.

١٩٣ — إذا كان التغيير فى العين والزيادة فيها بهدمها، وإعادة بنائها كأن كانت آيلة للسقوط فهدمها، وأعاد بنائها، أوكانت على حال من البناء أراد تغييرها لتكون أمكن وأقوى دعائم، أو ليغير فى أسسها، فإن أعاد بناءها على الوضع الأول فإن تلك الزيادة لاتوجد شركة بين الورثة، وبين الموصى له بل تكون كلها له، وإن زادت فى قيمة العين لأن ذلك الإصلاح لبقائها، وكل إصلاح لبقاء العين لا يكون المقصود منه الزيادة فيها، ويكون كنماء الحيوان والشجر، وإن نماء الحيوان لا يعد زيادة توجب شركة بين الورثة والموصى له، فكذلك كل زيادة على ذلك النحو.

وان أعاد البناء على وضع آخر لا يعده العرف تجديداً للأول، بأن جعلها عمارة ذات طبقات، كانت العمارة كلها شركة بين الموصى له، والورثة، وكانت شركة الموصى له بقيمة الأرض، لأن هدم الدار، قد أزال سبب ملكيته فى البناء الأول، فلم تبق الوصية الا فى الأرض، فصارت قيمة الوصية هى قيمة الأرض، وللورثة قيمة المبانى، وكل يسهم فى الغلات بمقدار قيمة ما يملك.

١٩٤ — واذا كان التغيير بهدم البناء، وضم الأرض الى أرض أخرى يملكها، ثم البناء عليهما، كأن هدم البناء، ثم بنى عن الأرضين عمارة كبيرة فإنه فى هذه الحال تكون العمارة بعد وفاته شركة بين الموصى له، والورثة، وتكون حصة الوصية هى قيمة الأرض الموصى بها، لأنه بإزالة البناء، قد انحصرت الوصية فى الأرض؛ ولم تبطل باتفاق الفقهاء، فتكون للموصى له الأرض، ويضرب فى الشركة بقيمتها، ويكون للورثة الباقى وتكون الغلات بينهم، كل منهم يضرب بما يعادل ما يملك.

١٩٥ — واذا جعل من الدار الموصى بها مع أرض أخرى بمبانيها عمارة واحدة، ولا يتم ذلك الا بهدم وبناء، وازالة وابقاء، فإنه فى هذه الحال تكون العمارة مشتركة بين الورثة والموصى له، ويكون للموصى له الأرض والمبانى الباقية

من الدار التي كانت هي الموصى بها ، ويكون للورثة الباقي ، ويضرب كل في الغلات بقيمة نصيبه ، وإنما كانت لهم الأرض والمباني التي لا زالت قائمة من الدار الأولى؛ لأن الوصية كانت متعلقة بها ، ولم تهلك كلها ، بل أزيل بعضها ، وبقي بعضها ، فصارت الوصية متعلقة بالأرض وبالباقي من البناء ، وصار ما يملك الموصى له بالوصية من بعد وفاة الموصى هو قيمة الأعيان الباقية منها .

١٩٦ — هذه هي أحكام الزيادة في العين الموصى بها ، وقد ذكر القانون أحوال البناء والغراس والأراضي ، ولا شك أن كل ما يماثل هذه الأحوال التي ذكرت في العقارات تنطبق أحكامها على المنقولات ، إذا كانت لها مثل هذه الأحوال ، فإذا كان الموصى به آلة تدار ، وقد تلفت بعض وحداتها ، فزاد الموصى وحدة فيها زادت قيمتها ، ولم تكن تلك الزيادة يسيرة وغيرت في معالم العين ، ولم يقصد إلحاقها بالوصية ، فإن الورثة يكونون شركاء الموصى له من بعد الوفاة بقيمتها ، وهكذا .

وهذه الأحكام مأخوذة في جملتها من مذهب مالك ، وإن اتفقت في بعضها مع مذهب أبي حنيفة .

١٩٧ — المصادر الفقهية للرجوع : قلنا إن القانون لم يعتبر الجحود المجرد رجوعاً ، ولم يعتبر الزيادة أو النقص الذي لا يزيل جوهر الموصى به رجوعاً ولنذكر بالبيان هذين الموضوعين في الفقه الحنفي الذي هو الأصل مقارناً بالقانون ، ليتبين مقدار المغايرة بينهما .

١٩٨ — ولنتكلم أولا في الجحود : إن عدم اعتبار الجحود رجوعاً في الهبة هو أحد قولين مصححين من مذهب أبي حنيفة ، ولذلك نعتبر مذهب أبي حنيفة هو الأصل لهذا الجزء من القانون ، ولذا نفصل القول فيه بعض التفصيل .

لقد جاء في البدائع : « لو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً ، ولم يذكر خلافاً ، قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بوصية ، ثم عرضت عليه من الغد ، فقال لا أعرف هذه

الوصية، قال هذا رجوع منه، وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية. قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعاً، وكذلك فى الجامع إذا أوصى بثلث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل، ولا كثير لم يكن هذا رجوعاً عن وصية فلان ولم يذكر خلافاً، فيجوز أن يكون ما ذكر فى الأصل قول أبى يوسف، وما ذكر فى الجامع قول محمد، ويجوز أن يكون فى المسألة روايتان» (١)

وهذا الكلام يدل على أن فى المسألة رأيين أو روايتين، وقد اختار صاحب الهداية أن يكون فى المسألة رأيان، رأى أبى يوسف، وهو يعتبر الجحود رجوعاً، ورأى محمد، وهو لا يعتبر الجحود رجوعا، والمتون تختار قول محمد، ولذا اعتبر أصح القولين، وإن كان كلاهما صحيحاً (٢).

وحجة الرأى الذى يرى أن الجحود رجوع (١) أن الجحود يدل على عدم الرضا بالوصية، وليس الرجوع إلا هذا أو أن الدافع إليه هذا، وإذا اتحد المقصد فيهما، فلابد أن يتحد المعنى، فيكون الجحود رجوعاً.

(٢) وأن الجحود نفى لوجود الوصية فى الماضى والحاضر، فكان فى دلالته على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع، لأن الرجوع الصحيح نفى لوجود الوصية فى الحاضر فقط، فكان أولى أن يكون رجوعاً؛ لأنه أبلغ فى نفى الوجود.

(٣) وأن الأشباه والنظائر تؤيد هذا المعنى، فإنكار الموكل للوكالة يعد عزلا للوكيل، وإنكار المتبايعين للبيع يعد اقالة، فكذلك إنكار الوصية يعد رجوعاً.

وحجة الرأى الثانى، وهو رأى محمد (١) أن حقيقة الرجوع تغاير حقيقة الجحود؛ إذ أن حقيقة الرجوع اقرار بوجود الوصية فى الماضى، وابطالها

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٨٠.

(٢) ويجب التنبيه إلى أن مذهب الحنفية أن الجحود لا يعتبر رجوعاً عند من يرى ذلك إذا تمخض للنفى فى الماضى، فان صرح بالنفى فى المستقبل اعتبر رجوعاً، ولذلك جاء فى حاشية الزيلعى ما نصه: «فى نوادر ابن سماعة عن محمد إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص لم يكن رجوعاً، ولو قال أشهدوا أني لا أوصى له فهو رجوع».

فى الحاضر والقابل ، أما الجحود فنفى لوجودها فى الماضى ، ولا يصح أن نعتبر حكم أحد الأمرين المتغايرين فى حقيقتهما ، كحكم أحدهما من غير جهة مشتركة بينهما ، ولا اشتراك فى المعنى الموجب للحكم .

(٢) وأن إنكار الوصية التى وجدت يعد كذباً ، وليس للكذب اعتبار شرعى ، بل يكون كاللغو لا حكم له .

(٣) والأشباه والنظائر تزكى ذلك ، فإنكار النكاح لا يعد طلاقاً ، والإقرار الذى يثبت كذبه لا يلتفت إليه ، لأن الكذب لغو دائماً متى قام الدليل عليه ، فإذا كان الإقرار الكاذب فى حكم اللغو فنظيره وهو الإنكار الكاذب فى حكم اللغو .

هذا فقه المسألة فى الجحود ، وترى فى مذهب الحنفية متسعاً لحكم القانون فيها ، بل إنه يتفق مع أصح الأقوال فيه .

١٩٩ — ولننتقل بعد ذلك إلى الأفعال التى تنال العين ، فتعتبر رجوعاً :

أخذ القانون فى هذه المسألة بمذهب مالك رضى الله عنه ، والقاعدة فى هذا المذهب أن التغيير فى العين إذا لم يذهب بجوهرها ولا كيانها ، ولا يعتبر إفناء لها لا يعد رجوعاً ؛ فالهلاك المبطل للوصية هو الذى يصيب الشىء فى جوهره ، لا التغيير الذى يصيبه فى مظهره ، فتحويل القمح إلى دقيق لا يعد استهلاكا ، وخياطة الثياب لا تعد استهلاكا ، والبناء على الأرض لا يعد استهلاكا ، وخلط الموصى به بغيره من ملك الموصى ، بحيث لا يتميز أحدهما لا يعد استهلاكا ، ولكن إذا ذبحت الشاة الموصى بها يعد استهلاكا ، فتبطل الوصية .

فمالك لم ينظر إلى التغييرات التى تلحق الموصى به من حيث انها فى ذاتها تدل على الرجوع أو لا تدل ، انما نظر الى الأفعال من حيث أثرها فى العين ، فما دامت لم تزل حقيقة الموصى به لا تبطل الوصية ، أما الفعل عنده فلا يدل على الرجوع بذاته ، إنما يدل عليه ما يحف بالفعل من قرائن قولية ، أونحوها مما يدل على الرجوع .

وإن لب المذهب المالكى لا يوسع نطاق الرجوع ، فلا يعتبر كل شىء يدل

عليه ؛ لأن منطقه أن الرجوع فى العطايا لا يجوز إلا فى أحوال استثنائية ، ولم يجز الرجوع فى الوصية إلا لأنها لا ينفذ حكمها فى الحال بل بعد الوفاة .

هذا نظر المالكية ، وهو نظر القانون ، أما نظر أبى حنيفة ، أو الفقه الحنفى فى جملته ، فيختلف عن ذلك ، ويقرر قاعدة أخرى ، فقد نظر فى الفعل من ناحية دلالته على إرادة الموصى ، وأثره فى العين ، فإن كان الفعل من شأنه أن يجعل العين متصلة بملكه اتصال دوام وقرار ، أو من شأنه أن يغير عنوانها وأوصافها ، وأحوالها ، فإن ذلك يكون معلناً لإرادة الموصى الرجوع فى الوصية المعين الموصى به فيها ، أو مزيلا للاسم الذى تسمت العين به فى الوصية ، فيكون ذلك استهلاكا لها ، فهو يختلف عن المذهب المالكى (١) فى أنه اعتبر كل تغيير للوصف أو للاسم استهلاكا ، وكذلك اعتبر كل اتصال دائم بملكه والخلطة التى لا يكون معها تمييز الأعيان تعد استهلاكا (٢) وأنه اعتبر ذلك التغيير دليلا على إرادته الرجوع ، لأن الوصية إذا كان يريد بقاءها ، فظاهر الحال يقتضى إقرارها ، لا خلطها ، ولا التغيير فيها .

ولقد ذكر الزيلعى ضابطاً لما يعد رجوعاً فى المذهب الحنفى فقال : « الأصل فيه أن كل فعل لو فعله الإنسان فى ملك غيره بغير إذن مالكه ينقطع به حق المالك ، ويصير حقه فى الضمان ، فإذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا ، كما إذا اتخذ الحديد سيفاً ، أو الصفر آنية ، لأنه لما أثر فيه قطع ملك المالك ، فلأن يؤثر فى المنع أولى ، وكذلك كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ، ولا يمكن تسليمها إلا به ، فهو رجوع ، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه ، اهـ من التبيين بتصرف قليل .

أثر الوصية وتنفيذها

٢٠٠ م — قلنا إن الوصية التى تنفذ هى الوصية بثلث المال الذى تركه المتوفى، وقلنا إن الثلث لا يقدر إلا بعد الوفاة، ولكن أيقدر وقت الوفاة، أم يقدر عند القسمة؟ ثم إذا كانت التركة مدينة كيف يقدر الثلث أمن التركة كلها، أم من التركة بعد الدين الباقى؟

ولنذكر الجزء الثانى قبل الأول، إذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق، فانه لا حق للموصى له فى شىء منها، إلا إذا برئت ذمة المتوفى من الدين كله أوبعضه، وبراءة ذمته منه أومن بعضه تكون بابراء الدائنين، أو بتبرع بعض الناس بسداد الدين عن المدين سواء أكان أجنبياً، أم كان وارثاً، إلا إذا استخلص الوارث التركة لنفسه بالسداد، وأراد بأداء الدين ذلك، لا التبرع بالأداء عن المدين.

وفى هذه الحال، تكون التركة أو مقدار ما حصلت البراءة فيه، إن كانت البراءة من بعض الدين كتركة خالية من دين، فتعتبر الوصية من ثلثها، ويكون نفاذها منه،[1] فاذا كانت التركة قيمتها ألف، وعليه دين قدره ألف وحصلت البراءة منه، فان الوصية تنفذ من ثلثها، وإن حصلت البراءة عن ستمائة فالوصية، تنفذ فى ثلث ما قيمته ستمائة من التركة.

ومثل هذه الصورة الأخيرة ما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين، فاذا كانت قيمة التركة ألفاً، ومقدار الدين أربعمائة اعتبرت التركة ستمائة، ونفذت الوصية بثلثها.

والخلاصة أنه ينفذ الدين أولا، فان بقى شىء من بعده، كانت التركة التى تنفذ الوصايا من ثلثها هى الجزء الخالص من الدين، إما لأن الدين فى أصله غير

(١) بينت ذلك المادة ٣٨ من القانون، ونصها: «تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين، ولا تنفذ الا ببراءة ذمته منه، فان برئت ذمته من بعضه، أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد نفاذ الدين»

مستغرق ، أو لأن الدائن أبرأ المدين ، أو لأن أحداً من ذوى الصلة به قدسدد عنه بعضه أوكله متبرعاً له ، فى هذه الصور كلها ، يكون الجزء الخالص هو التركة التى تورث ، وتنفذ منها الوصايا .

وذلك لأن الشرع الإسلامى جعل حق الدائنين مقدماً على الوصية ، ولأن الدائنين تعلقت حقوقهم بأعيان التركة بوفاة المدين من غير سداد ، إذ أنه بالوفاة قد ضعفت ذمته عن تحمل الدين ، فتعلق بتركته ، وما بقى من ذمة له بعد وفاته ، فليبقى المال على حكم ملكه ، حتى تسدد الديون ، وتنفذ الوصايا ، وبعدها لا يكون لذمته وجود .

٢٠١ — وإذا كانت الوصية بعين معينة ، والدين كان متعلقاً بهذه العين قبل الوفاة بأن كان للدائن حق اختصاص على العين ، أو رهن عليها ، فإن حقه فى الاستيفاء منها يكون مقدماً على حق الموصى له فى الوصية بها ، ولو كانت تخرج من ثلث الباقى بعد سداد الدين ، لأن الدين مقدم على الوصية باجماع الفقهاء ، ولأن حق الموصى له لم يتعلق بالوصية إلا بعد الوفاة ، أما حق الدائن فمتعلق بها قبل الوفاة ، فيستوفى الدين منها أولا .

ولكن إن استوفى الدين منها كلها ، أو من بعضها لا يضيع حق الموصى له فى الوصية ؛ لأن الوصية قد صحت ، ولزمت بقبول الموصى له بعد الوفاة ، فلا تقبل السقوط بعد ثبوتها ولزومها ، ما دام للمتوفى تركة تخرج العين من ثلثها ، فإن لم تستوف بذاتها نفذت بقدرها .

ولهذا قرر القانون[1] أنه يرجع بقيمة الموصى به فى باقى التركة ، إن سدد الدين من الموصى به المعين له ، ويعتبر ثلث الباقى بعد الدين ؛ لأن التركة التى توزع بين الورثة والموصى له هى التى تكون بعد البراءة من الدين بالسداد أو بالإبراء .

٢٠٢ — هذا ويجب التنبيه إلى أن وصية المدين ، ولو كان الدين مستغرقاً ،

---

(١) هذا ما ذكرته المادة ٣٩ — ونصها : « إذا كان الدين غير مستغرق ، واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع فى ثلث الباقى بعد وفاء الدين » .

تنعقد، ولا تقع باطلة، وذلك لأن العبرة بكونه مديناً أوغير مدين، إنما تكون عندالوفاة، وتعلق الدين بالتركة إنمايكون عند الوفاة، ووقت إنشاء الوصية وهو وقت الحياة ليس وقت الموازنة بين ما يملك، وما هو دين عليه؛ فعساه يكون مديناً عند الإنشاء، وخالصاً من كل دين عند الوفاة، وقد يكون العكس، فالمال غاد ورائح، فالحكم ببطلان الوصية لأجل الدين لاسبب يقتضيه.

ولا يصح أن يقال إن الوصية تكون متوقفة على إجازة الدائنين بعدالوفاة، لأننا لو قلنا ذلك لكان معناه أن الدائنين إن أجازوها نفذت، ولو كانت فى كل المال الذى أجيزت فيه، ويلاحظ حق الورثة.

إنما الكلام السائغ أن يقال إن الوصية صحيحة، ولكن يمنع تنفيذها هى وحق الورثة على سواء ـ المحافظة على حقوق الدائنين، فإن أسقطوا دينهم، فقد زال المانع من تنفيذ الوصية وميراث الورثة، أو يقال إن المتوفى يتعلق بماله حقان أحدهما أسبق من الآخر، أماالأول فهو حق الدائنين، وأما الثانى فهو حق الورثة والموصى له، وهما بالنسبة للدائنين مرتبة واحدة، فإذا زال حق الدائنين بأداء الدين إن كان غير مستغرق أو بالبراءة، ولو كان مستغرقا، فان حق الورثة والموصى له يجىء، فيقاسم الموصى له الورثة فى حدود بالثلث من غير حاجة إلى رضا منهم، ويأخذون هم الباقى بعد الوصية يقسمونه على حسب الفريضة الشرعية.

وأحكام التركة المدينـــة من حيث حق الورثة والدائنين متفق عليه فى المذهب الحنفى.

٢٠٣ — ننتقل إلى الكلام فى وقت تقدير الثلث، أنه بلا شك فى التركة المدينة يقدرالثلث بعدالبراءة أوسدادالدين فعلا، ولو تمت القسمة قبل السداد، لأنه عسى ألا يكون الجزء المخصص للدين لا يفى، ولأن اعتبار حق الدائنين مقدماً على حق الورثة والموصى له يوجب الانتظار إلى أن يسددالدين، حتى يعرف خالص التركة.

وأما إذا كانت التركة خالية من الديون أوسددت الديون أولا، أيقدرالثلث بثلث الأموال عند الوفاة، أم بالثلث عنـــد القسمة؟ هذا موضع النظر

والاختلاف بين الفقهاء، ولنذكره غير مفصلين، وإن كنا موضحين، ثم نبين بعد ذلك ما اختاره القانون.

لقد اختلف الفقهاء فى وقت ملكية الموصى به، وبناء على اختلافهم فى وقت الملكية اختلفوا فى أمرين مترتبين على ذلك: (أحدهما) الوقت الذى تقدر فيه التركة، (وثانيهما) ملكية الزوائد التى زادها الموصى به بعد وفاة الموصى إلى وقت القسمة، فإن هذين الأمرين مترتبان لامحالة على وقت الملكية، فإذا جرى فى وقت الملكية اختلاف، فهو جار فيهما لامحالة، فلنذكر الاختلاف الأصلى، ثم نذكر بعد ذلك الاختلاف الفرعى:

لقد اختلف الفقهاء فى وقت الملكية على أقوال أربعة:

القول الأول: أن الملكية تبتدىء وتثبت من وقت الوفاة، لا من وقت القبول، وأساس هذا الرأى أن الملكية فى الوصية لاتحتاج إلى القبول لالتمامها، ولا للزومها، بل الملكية تنتقل بها كما تنتقل بالميراث من غير حاجة إلى قبول، إذ الملك فيهما بالخلافة، والملكية بالخلافة لا تحتاج إلى قبول، وهذا رأى زفر وبعض المالكية، وقد ذكرناه فى صدر كلامنا فى الوصية عند الكلام فى القبول، وبينا وجهة نظر مخالفيه، وردهم لحجته.

القول الثانى: أن الملكية تثبت من وقت القبول، فالقبول فى هذه الحال شرط لتمام الوصية، فالوصية حينئذ لاتتم إلا به، ولا تثبت الملكية بها إلا من وقت تمامها، فإيجابها والوفاة لا يكونان السبب الذى أوجد الملكية للموصى له، إنما السبب هو الايجاب والوفاة والقبول، ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها.

وقد وجد هذا القول عند المالكية والشافعية، وهو أرجح الأقوال عند الحنابلة.

والمالك فى الفترة التى بين الوفاة والقبول، قد اختلف فيه أصحاب هذا الرأى، فبعضهم قال إن الملكية تستمر للموصى، حتى تؤول للموصى له، لأن الوصية قبل القبول معلقة تحتمل الوجود والعدم، فان تمت بالقبول فقد وجدت، وإن

لم يكن القبول فقد ألغيت ، فان وجدت آل الموصى به إلى الموصى له ، وإن ألغى الإيجاب بعدم القبول آلت العين للورثة ؛ فيبقى ملك الموصى ، حتى يتبين من يؤول الموصى به إليه .

وبعضهم قال إن الملكية تكون للورثة فى هذه الفترة ، وذلك لأن الورثة هم الخلفاء بمقتضى حكم الشارع على التركة بمجرد الوفاة ، ولا تلغى خلافتهم فى جزء من التركة ، إلا بوصية من المورث ، ولم توجد تلك الوصية لازمة قبل القبول ، فبقى حكم الأصل جارياً إذ لم يثبت خلافه ، فاذا قبل الموصى له الوصية زالت خلافهم ، وحلت محلها خلافته .

القول الثالث : أن الملكية تبتدىء من وقت الوفاة . ولكن لا تثبت إلا بالقبول ، فقبل القبول لا تثبت ملكية للموصى له وبعد القبول تثبت ، وإذا ثبتت كانت مستندة إلى وقت الوفاة . وكأن الملكية فى الفترة التى تكون بين الوفاة والقبول ، تحتمل الثبوت للورثة أو للموصى له ، والقبول يعين أحد الاحتمالين ، فالقبول تنكشف به الملكية ، وتستبين أنها للموصى له ، وعلى هذا الرأى يكون القبول شرطاً للزوم الوصية ، وليس بجزء متمم لها ، إذ السبب الموجد للملكية هو إيجاب الموصى فقط ، ولكنه يشترط لأعمال ذلك السبب قبول الموصى له بعد الوفاة ، وإذا توافر الشرط عمل السبب من وقت تحقق معناه وهو وقت الوفاة ، وقد بينا وجهة هذا الرأى فى صدر كلامنا فى الوصية ، لأنه المصرح به فى القانون .

وهذا رأى عند الشافعية . وهو أصح الأقوال عندهم ، ورأى عند المالكية ، وهو أشهر الأقوال فى ذلك المذهب .

القول الرابع : وهو قول الحنفية ، وهو فى معناه كالرأى الثالث ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ، وأن القبول شرط لثبوت الملكية من وقت الوفاة ، ولكنهم يضيفون شرطاً آخر غير القبول لثبوت الملكية مستقرة فى ذلك الوقت ، وهو القسمة والقبض ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ،

ولكن يكشف ثبوتها مستقرة أمران لا أمر واحد ، ويجعلون القسمة والقبض للموصى به هو الأمر الثانى ، أى أن الفرز والقبض بعد القبول هو الذى يعين الملكية المستقرة ويكشف ثبوتها .

وبناء على ذلك الرأى يكون ما يهلك قبل القسمة والقبض ، ولو كان الموصى به معيناً محتسباً من الجميع ، ولا تخلص الأعيان الموصى بها من ذلك .

٢٠٤ — هذه أقوال الفقهاء فى وقت الملكية ، ولنطرح منها الرأى الأول ، فإنه فى جوهره لا يفترق عن الرأى الثالث إلا فى اشتراط القبول ، وليس ذلك بجوهرى بالنسبة لابتداء الملكية ، فهو من حيث ابتداؤها يتفق مع الرأى الثالث ، فالأقوال ثلاثة :

وقد أنبنى على ذلك الخلاف خلاف فى وقت تقدير الوصية ، وكانت الأقوال أيضاً ثلاثة :

القول الأول : قول الشافعية فى المشهور وبعض المالكية أن تقدير التركة ، واعتبار الثلث الذى لا يحتاج فى نفاذه إلى إجازة الورثة هو وقت الوفاة ، وذلك لأن الملكية فى الموصى به تكون من وقت الوفاة ، فيجب أن يكون تقدير الثلث فى وقت الوفاة .

القول الثانى : قول عند الحنابلة ، وهو تقدير قيمة الموصى به بالنسبة للتركة عند القبول ، لأن الملكية عند أصحاب هذا الرأى لا تنشأ إلا عند القبول ، فلا تكون من قبله ، فلا يكون تقدير الثلث قبل ذلك ، وقال بعض الحنابلة إن تقدير الثلث يوم القسمة والقبض ، وهو الرأى الثالث الذى سنبينه .

القول الثالث : قول الحنفية إن الثلث يقدر يوم القسمة ، لأن ذلك وقت تنفيذ الوصية وإعطاء كل ذى حق ، فكل نقص فى القيمة ، أو هلاك فى الأعيان يكون من حصص الجميع ، فيكون تقدير الثلث على ذلك الأساس ، وكذلك إذا زادت الأعيان بنماء ، أو غلات يكون للجميع ، وقد وافق على ذلك الرأى بعض الحنابلة وبعض المالكية ، ففى منح الجليل : « إن المعتبر فى الثلث ثلث مال الموصى يوم

تنفيذ الوصية لا يوم وفاته ، وفى حاشية العدوى على الخرشى إن العبرة بالثلث يوم التنفيذ زاد المال أو نقص » .

٢٠٥ — هذه الأقوال فى تقدير التركة ، وتقدير الثلث بالنسبة إليها ، وترى أن الخلاف فى ذلك أساسه الخلاف فى ابتداء الملكية فى الجملة ، وإن خالف بعض الفقهاء الأصل فى بعض ما ارتأوه ، فقالوا فى التقدير ما لا يبنى على ما قيل فى ابتداء الملكية .

أما الخلاف فى النماء فهو مبنى على استقرار الملكية ، فمن قال إن الملكية تستقر بالابتداء من وقت الوفاة قال إن زيادة الموصى به المتولدة والغلات والزيادة المتصلة التى تعتبر نماء ، أو التى يكون منشؤها غلاء الأسعار تعتبر ملكا للموصى له إن حدثت بعد الوفاة ، فكل زيادة بعد الوفاة تعتبر ملكا للموصى له ، إن كان معيناً ، ويخرج من الثلث وقت الوفاة ، وملكيتها على أنها نماء ملكه لا من الوصية .

ومن قالوا إن الملكية تثبت مستقرة من وقت القبول ، لا من وقت الوفاة ، قد قرروا أن نماء العين وزيادتها المتولدة وغلاتها ونماءها يكون كله للموصى له من وقت القبول ، على أنها نماء ملكه .

ومن قال إن الملكية لا تستقر إلا بالقسمة والقبض أى وقت تنفيذ الوصية قرروا أن الزيادة فى العين تكون ملكا للموصى له من ذلك الوقت .

ولقد قرر الحنفية أن الزيادة تعتبر ملكا للموصى له على أنها نماء ملكه من وقت القبض ، أما من وقت الوفاة إلى القبض ، فإنها تعتبر ملكه على أنها وصية ، أى أن قيمتها تقدر فى تقدير الثلث ، وتثبت الملكية على أنها من توابع العين وتوابع الموصى به تدخل فى الوصية من غير نص عليها ، ولكنها تقدر فى الثلث .

والفرق بين ذلك الرأى والرأى الأول أن الرأى الأول لا يدخل تقديرها فى الثلث ، بل الذى يقدر فى الثلث هو العين نفسها ، أما الزيادة فهى نماء ملكه لا تدخل فيه ، إذ العين قد خرجت من التركة بثبوت الملكية مستقرة من وقت

الوفاة ، أما الرأى الأخير ، فإنه يثبت الملكية فى الزيادة على أنها تابعة ، أى فى ضمن الموصى به ، فتكون مقدرة من الثلث .

٢٠٦ — هذا هو فقه الموضوع ، ولننتقل إلى حكم القانون فى وقت تقدير الثلث بالنسبة للموصى له المعين من التركة ، أهو وقت الموت ، أم وقت القسمة ؟ لم يصرح القانون بحكم ذلك ، ولكن يمكن استنباط حكمه من ثنايا نصوصه ، وإن لم يصرح ، وهو استنباط توافرت مقدماته ، فكان الإنتاج فيها قطعيا ، أو قريباً منه .

لقد ذكر القانون فى المادة الخامسة والعشرين أن الموصى له إذا كان موجوداً وقت الوفاة استحق الموصى به من حين الموت ، وأن زوائد الموصى به المعين من حين الملك أى من وقت الموت إلى القبول — للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وأن على الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

ولقد قررنا أن الذين يقولون إن الملكية تثبت مستقرة من وقت الوفاة ، وأن الزوائد تكون فى ملك الموصى له على أنها نما ملك لا وصية هم الذين يقررون أن الثلث يقدر وقت الوفاة ، لا وقت التسليم .

وأن المنطق يقتضى أن نقرر ذلك ، لأنه إذا كانت الزيادة تكون من وقت الوفاة بحكم انها نماء الملك ، لا بحكم أنها من الوصية كما يقول الحنفية ، فمعنى ذلك أن تلك الزوائد لا تدخل فى تقدير الثلث ، بل تكون الزيادة من حسابه ، وعلى ذلك يكون التقدير للثلث من قبل ذلك ، أى من وقت الوفاة .

لهذا نقرر أن القانون يعتبر تقدير الثلث بالنسبة للموصى به المعين أو المثليات المرسلة هو وقت الوفاة ، لا وقت القسمة ؛ لأنه قرر أن النماء للموصى له .

التركة إذا كان بعضها دينا أو مالا غائبا

٢٠٧ — إذا كانت التركة بعضها حاضر وبعضها غائب ، أو بعضها عين ، وبعضها دين ، أو اجتمعت العناصر الثلاثة فكان فيها مال حاضر ، ومال غائب ، ودين ، فإنه فى هذه الحال لا تنفذ الوصية فى كل التركة دفعة واحدة ، بل يبتدىء تنفيذها من

الحاضر ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والدين على خطر التوى ، ومن العدل أن يحتاط لحق الورثة فى الثلثين فيحفظ أولا من الحاضر ، حق إذا صار الغائب حاضراً ، وصار الدين عيناً ، كمل ما عساه يكون قد نقص من الموصى له عند تنفيذ الوصية من الحاضر فقط ، ولذلك قرر القانون ذلك الاحتياط للورثة ، فاعتبر تقدير الوصية من ثلث المال الحاضر ، فإن كانت تخرج من ثلث الحاضر نفذت كاملة ، وإن كانت لا تخرج من ثلثه فإنه لا ينفذ إلا ثلث المال الحاضر ، بالاتفاق ، وفى كل الأحوال ، ولكن هناك اختلاف فى الآراء ، واختلاف فى الأحوال فى طريقة التنفيذ .

والأحوال أربع ، وإنا ذاكرون كل حال ، وحكمها ، ومصدرها الفقهى فيما يلى :

الحال الأول — أن يوصى بسهم شائع من كل ماله ، كثلثه[1] أو ربعه وفى التركة مال غائب أو دين على أجنبى ، فإنه يأخذ سهمه من الحاضر ، وكلما استوفى جزء من الدين استحق سهمه فيه ، وكذلك كلما حضر جزء من المال الغائب استحق سهمه فيه أيضاً ، فإذا أوصى الشخص بربع ماله ، وكان حاضره ألفاً ، وأربعمائة دين ، فإنه يستحق ربع الألف ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق ربعه ، وهكذا ، وذلك لأنه بالوصية له بربع ماله صار شريكا للورثة فى بالربع ، فى الحاضر والغائب ، والدين والعين ، والشريك تكون حصته شائعة فى كل أنواع المال ، فهو شريكهم بالربع فى المال الحاضر ، وشريكهم به فى الدين ، ويكون ماله من الحقوق فى العين والدين مثل مالهم ، ونصيبهم فيهما مختلف باختلاف حاله ، فيكون مثلهم يأخذ ربع الموجود ، ثم ربع ما يستوفى .

وهذا حكم متفق عليه فى المذاهب الأربعة ، لم يختلفوا فيه ، وهو مقتضى المنطق ، ومقتضى المساواة فى الشركة .

---

(1) بينت حكم هذه الحال المادة ٤٤ وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بسهم فى التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شىء استحق سهمه فيه » .

٢٠٨ — الحال الثانية — أن يوصى بنقود مرسلة غير معينة ، كألف جنيه ، وكانت التركة فيها ديون على أجنبى أو أموال غائبة ، فإن كانت الألف تخرج من ثلث الحاضر أخذها نقداً ، إن كانت موجودة نقداً ، وإن لم تكن موجودة بيع من أعيان التركة ما يكفى الوصية ، وإن كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، أعطى ثلث الحاضر ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق الموصى له ثلثه ، حتى يتم استيفاء الألف كاملة ، وهكذا .

وذلك لأن الموصى له بمال مرسل لا يعد شريكا للورثة فى كل التركة ، بل له قدر معلوم ، والوصية مقدمة على الميراث فيقدم الموصى به على الميراث ، ولكن لوحظ ألا ينفذ إلا فى ثلث الحاضر احتياطاً لحق الورثة ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والديون على خطر التوى ، فنفذ فقط فى ثلث الحاضر ، فإن خرج منه نفذ ، وإن لم يخرج منه بقى الزائد .

وهذا مذهب أبى حنيفة أيضاً ، والفرق بين هذه الصورة ، وسابقتها أن سابقتها كانت الوصية فيها بسهم شائع فى التركة عينها ودينها ، حاضرها وغائبها ، فكان شريكا للورثة لا محالة فى الحاضر والغائب ، أما فى هذه الصورة ، فالوصية لا توجب الشركة ، والوصية مقدمة فى تنفيذها على الميراث ، فيبدأ فى تنفيذها ، ملاحظاً ألا تزيد على ثلث المال الحاضر ، فإن زادت نفذت فى ثلثه ، ثم ما يجىء يؤخذ ثلثه حتى تتم الألف .

٢٠٩ — الحال الثالثة[١] — أن تكون الوصية بعين معينة ، أو بنقود معينة بالتعيين كالودائع ، وهناك ديون على أجنبى أو أموال غائبة ، فانه إذا كانت العين تخرج من ثلث المال الحاضر ، استحقها الموصى له ، وإذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، فان الموصى له يستحق من العين ما يساوى

(١) بينت حكم هذه الحال . وحكم سابقتها المادة ٤٣ وهذا نصها :

« إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود ، أو بعين ، وكان فى التركة دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث ، وكان الباقى للورثة ، وكلما حضر شىء استحق الموصى له ثلثه ، حتى يستوفى حقه » .

الثلث ، والباقى من العين يكون ملكا للورثة ، فاذا حضر بعد ذلك المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين استحق منه ثلثه ، حتى يأخذ كل الباقى من الوصية ، وفى هذه الحال يأخذ بعض الموصى به بعينه ، وبعضه بقيمته ، ولنضرب بذلك مثلا مبيناً ، إذا أوصى بدار من تركته لشخص ، وفى تركته أموال غائبة أو ديون ، فان كانت الدار تخرج من ثلث الحاضر نفذت الوصية فيها ، وإن كانت لاتخرج من ثلث الغائب نفذ من الوصية ما يعادل ثلث الحاضر ، فاذا كان ثلث الحاضر يساوى ثلاثة أرباع الدار استحق ذلك القدر ، والربع الباقى منها يأخذه الورثة ، ويكون له قيمته ، يأخذها من المال الغائب عند حضوره ، أو من الدين عند استيفائه ، فكلما حضر قدر أخذ ثلثه ، حتى تتم قيمة الربع الذى أخذه الورثة .

هذا حكم القانون ، وقد جعل الوصية بالعين كالوصية بالنقود المرسلة ، فالموصى له يستحق ثلث الموجود ، ويأخذ الورثة ثلثى الموجود ، وفيه الباقى من العين .

والأساس الذى قام عليه القانون فى ذلك أن القسمة تجرى كاملة فى المال الحاضر ، ثم تجرى القسمة بعد ذلك فى كل جزء من المال يجىء بعد ذلك ، وقد اقتضت القسمة الكاملة للمال الحاضر ألا يأخذ الموصى له من العين الموصى بها . إلا مايساوى ثلث التركة الحاضرة ، ثم يأخذ الباقى الورثة ، وفيها بقية العين الموصى بها .

وهذا الرأى مخالف لمذهب أبى حنيفة ، والقانون أخذه من رأى الباجى من فقهاء المالكية .

ولنوازن بين هذا الرأى ومذهب الحنفية : إن مذهب الحنفية يجعل الوصية بالعين لاتنفذ إلا فى العين ، فان كانت تخرج من ثلث الحاضر استحقها الموصى له كاملة ، وإن كانت لاتخرج استحق ما يساوى الثلث ، والباقى منها يستمر موقوفاً ، فان جاء قدر من المال الغائب أو الدين استحق من باقى العين مايساوى ثلث المال الذى حضر ، والدين الذى استوفى ، حتى تستوفى العين كاملة ، فان انتهى الأمر بألا يستوفى من الدين شىء ، أو لايحضر من المال الغائب شىء ، كان باقى العين للورثة .

ومزايا المذهب الحنفى أنه يحقق إرادة الموصى تحقيقاً كاملا ، فان الوصية لا تنفذ إلا بما يعينه للوصية . ولـكنه يؤخر القسمة ، ولا يجعل حقوق الورثة والموصى له ثابتة مستقرة ، بل يجعل جزءاً من المال متردداً موقوفاً ، وقد يستمر استيفاء الدين سنين ، فتكون الحال مضطربة طوال مدة الاستيفاء .

ومزايا ماأخذ به القانون أن تقسم الأعيان الحاضرة ، فيعرف كل ذى حق حقه فيها مستقراً ثابتاً غير مضطرب ، ولـكنه لا ينفذ إرادة الموصى كاملة ؛ إذا ينفذ بعض الوصية فى غير ماعينه الموصى ، ولـكن بقيمته ، ولـكل وجهة ، ووجهة القانون عملية تسهل الانتفاع ، وتقرر الأمور وتثبتها ، ولقد نفذت إرادة الموصى فى القيمة ، وبذلك تحقق غرضه فى الجملة .

٢١٠ — الحال الرابعة — أن يوصى بسهم شائع فى نوع من ماله[1] ، كأن يوصى بنصف أطيانه ، وكان له وقت الوفاة تسعون فدانا وديون تساوى قيمتها فإنه فى هذه الحال إن كان الموصى به يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحقه وإن كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، فإنه يأخذ الثلث ، فى المثال السابق يأخذ الثلث ، وقدره ثلاثون فداناً ، وما بقى يأخذه الورثة ، ولـكن أخذهم للباقى قابل للنقض فى بعضه ، فإذا استوفى جزء من الدين أخذ من باقى الأطيان ما يساوى الدين الذى استوفى ، حتى يتم القدر الموصى به .

وترى من هذا أن الورثة قد أخذوا ثلثى الأطيان ، ثم ردوا بعضها ، ولهم

---

(١) قد بينت أحكام هذه الحال المادة ٤٥ من القانون ، وهذا نصها : « اذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع ، إن كان هـذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، والا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقى للورثة ، وكلما حضر شىء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة ، فان كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة مابقى من سهمه فى النوع الموصى به من ثلث ما يحضر ، حتى يستوفى حقه » .

أن يتصرفوا فيما امتلكوا تصرف الملاك ، فلهم أن يبنوا فيه ، وأن يغرسوا ، وأن يتصرفوا فيه كل التصرفات السائغة الجائزة ، ولذلك قد يحصل ضرر إن استرد الموصى له بعض ما فى أيديهم ، وقد قدر القانون هذه الحال ، وفرضها ، ووضع حكما لها ، فجعل للورثة إن تضرروا من أخذ الموصى بقية حصته من النوع الذى أوصى له ببعضه الحق فى أن يعطوه قيمة الباقى ، ومثال ذلك أن يوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية من تركته ، وهى كل ماله الحاضر ، فإنه لا يستحق إلا الثلث ، ويأخذ الباقى من النصف إذا حضر جزء من المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين ، ولكن الورثة أخذوا الثلثين ، وبنوا فيهما ، ففى هذه الحال يتضررون بهدم البناء ، ولذلك أجيز لهم فى حال الضرر هذه أن يعطوه قيمة ما بقى من سهمه فى النوع الموصى بسهم فيه ويجبر على القبول .

والقانون فى هذه الحال أخذ بمذهب أحمد بن حنبل ، وقاعدة نفى الضرر من مذهب الحنفية ، وهى مقررة فى كل الفقه الإسلامى ، لا عند الحنفية وحدهم .

ولنا أن نلاحظ أن القانون قد خالف ما قرره فى الوصية بعين من التركة ، إذ جعل للموصى له قيمة الباقى إذا كانت العين لا تخرج من ثلث الحاضر ، فيعطى له ما يساوى الثلث ، والباقى يكون للورثة ، ويكون له مما يستوفى من الدين ، وما يحضر من المال الغائب ما يكمل قيمة الدار ، يستوفيه من ثلث الغائب والدين شيئاً فشيئاً .

بينما قرر هنا أن الوصية تنفذ دائماً من النوع الذى أوصى بسهم فيه ، إلا إذا تضرر الورثة ، فإنهم يعطون الموصى له قيمة ما بقى من نصيبه عند استيفاء الديون.

وكان المنطق يوجب التسوية بين الوصية بمعين ، والوصية بسهم فى نوع من المال ، وكان ينبغى أن يكون الحكم فى هذه الحال كالحكم فى الوصية بالعين ؛ وذلك لكى تتم القسمة ، وتستقر الحقوق ، ولا تضطرب ، أما أن يقسم النوع المعين ثم تنقض القسمة إذا لم يكن ضرر بالورثة ، ولا تنقض إذا كان هناك ضرر بالورثة ، فهذا لا يجعل الحقوق متقررة ثابتة ، ولا يجعل القانون سائراً على منطق فقهى متحد .

٢١١ — هذه الأحكام كلها إذا كان الدين على أجنبى ، أما إذا كان الدين على بعض الورثة ، فلذلك أحكام خاصة به ، وقبل أن نتجه إلى بيانها ننبه إلى أربعة أمور :

أولها — أن الأحكام السابقة تنفذ كلها فى أحوالها ، إذا لم يكن ثمة اتفاق بين الموصى له والورثة ، فإن اتفقوا على شىء فيما بينهم ، فالاتفاق هو الحكم بينهم ، إذ الاتفاق دائماً هو مفصل الحقوق ، وشريعة المتفقين مالم يحرم حلالا ، أو يحلل حراما ، وليس فى الصلح بين الموصى له والورثة على أمر من الأمور تحليل أو تحريم .

ثانيها — أن المراد من المال الحاضر ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة ، كالودائع فى المصارف ، والمال فى أيدى الوكلاء ، والعقارات التى فى أيدى الورثة ، وغير ذلك ، والمراد بالمال الغائب ما كان خارجا عن تصرف الورثة والموصى له أو كان مخوفاً عليه ، كمال فى سفينة ، أو فى برية ، أو كان فى يد غاصب ، ولا حجة لاثباته ، أو هناك حجة لاثباته ولا قدرة تحمله على التسليم قبل استهلاكه أو هلاكه .

ثالثها — أن القانون لم يبين وقت اعتبار المال غائباً ، أتعتبر الغيبة وقت الوفاة فقط ، أم تعتبر الغيبة ، ولو كانت بعد الوفاة إلى وقت القسمة ، فإذا كان المال وقت الوفاة حاضراً ثم غاب بأن غصبه غاصب أيعد غائباً .

ولم تبين المذكرة التفسيرية أيضاً ، نعم إنها بينت الدين ، فقالت : « المراد بالدين مالم يستوف إلى وقت القسمة ، وما كان ذلك فى حاجة إلى ذكر ، لأن الدين لابد أن يكون وقت الوفاة بالبداهة ، ويستمر ديناً مالم يستوف إلى وقت القسمة ، فان استوفى قبلها كان من غير المعقول أن تسميه ديناً ، ويكون من لغو القول التنبيه إلى ذلك .

ولكن الغياب ، وهو الذى يتصور أن يحصل بعد الوفاة فى الفترة التى بين الوفاة والقسمة هو الذى كان ينبغى تفسيره ، وإن رأى الحنابلة أن الاعتبار للغياب

هو الغياب وقت الوفاة ، وبعد ذلك لا يتأثر به نصيب الموصى له إذا كانت الوصية بعين أو بسهم منها أو بوصية مرسلة بقدر من النقود ، أما الوصية بسهم شائع فى التركة ، فإن التركة تكون شركة بين الموصى له والورثة ، فالغياب يكون عليهما .

وإن رأى الحنفية أن العبرة بالحاضر والغائب هو ما يكون غائباً أو حاضراً عند تقسيم التركة ؛ لأن التركة قبل التقسيم على حكم ملك الميت ، فالزيادة والنقص فيها على الجميع إلى وقت القسمة .

وإن الذى نراه يتفق مع جملة أحكام القانون هو رأى الحنابلة ؛ وذلك لأن القانون حكم بملكية الموصى له للموصى به من وقت الوفاة إذا قبل ، وأن نماء العين الموصى بها يكون للموصى له ، وأن نفقاتها تكون عليه ، وإذا كان الأمر كذلك فملكيته تثبت فى العين ، واستحقاقه للنقود المرسلة يكون من وقت الوفاة ، فلا تتأثر حقوقه بغياب بعض التركة بعد ذلك ، لأن الثابت لا يزول ، إلا إذا كان السبب الذى قام عليه الحق قد ثبت أنه غير قائم ، ولم يتبين ذلك ، وليس من ذلك غياب بعض التركة .

أما إذا كانت الوصية بسهم شائع من التركة كلها . فإن الشركة قائمة ما لم تحصل قسمة ، فالغياب يكون على الفريقين بمقتضى هذه الشركة الثابتة .

الأمر الرابع : أن القانون لم يذكر فى هذا المقام الوقت الذى تقوم فيه التركة ليتبين ثلث الحاضر أهو وقت الوفاة ، أم وقت القسمة ، ولقد انتهينا إلى أن القانون يعتبر فى جملة أحكامه وقت الوفاة هو وقت تقدير التركة ، كما بينا ذلك عند الكلام فى مقدار الوصية ، فيعتبر ذلك إلا إذا كانت الوصية بسهم شائع لا بنقود مرسلة ولا بمعين .

٢١٢ — وإذا كان على بعض الورثة[١] دين أيعتبر هذا الدين كالدين على

(١) قد بينت حكم الوصية إذا كان على بعض الورثة دين فى المادة ٤٦ وهذا نصها :
«فى جميع الأحوال المبينة فى المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها ، وقعت المقاصة ==

أجنبي ، فيعتبر مالا غائباً ، ولا يعطى الموصى له إلا ثلث الحاضر ، سواء أ كان الموصى به عيناً أم مثلياً مرسلا ، أم سهما شائعاً فى نوع من التركة ، أم سهماً شائعاً فى التركة كلها ، أم يعتبر كالمـال الحاضر ، فيعطى الموصى له الموصى به ما دام يخرج من ثلث التركة كلها من غير نظر إلى كون بعض التركة ديناً ؟ لذلك أحوال ثلاث :

الحال الأول — أن يكون الدين غير مستحق الأداء وقت الوفاة ، وكانت القسمة قبل حلول أجل الأداء ، فإنه فى هذه الحال يعتبر كالدين على أجنبى ، ولا يأخذ الموصى له إلا ما يعادل المـال الحاضر ، حتى يحل أجل الأداء ، فإنه يكمل له مقدار الوصية ، وذلك لأن الدين إذا كان مؤجلا فهو غير مستحق الأداء فى الحال ، وإذا كان غير مستحق الأداء فى الحال ، فلا يمكن استيفاؤه جبراً من نصيبه فى التركة ، لأن الإجبار عند حلول أجل الوفاء ، والامتناع عن الوفاء ، إذ المطل فى هذه الحال يكون ظلماً ، فيستوفى الدين ببيع ماله ، وذلك من نصيبه فى التركة ، إن كان فيه سعة ، وإلا فمنه ومن غيره .

الحال الثانية — أن يكون الدين قد حل أداؤه عند الوفاة أو عند القسمة ، وكان أقل من نصيب الوارث المدين أو مساوياً ، ففى هذه الحال يعتبر الدين بالنسبة للموصى له مالا حاضراً ، لا ديناً ؛ وعلى ذلك يأخذ الموصى له وصيته كاملة مادامت فى أصلها تخرج من الثلث ، فإن كانت مرسلة استوفاها كاملة ، وإن كانت عيناً تسلمها غير منقوصة ، وإن كانت بسهم من عين أو نوع أو كل التركة استحقه من غير نقص منه ، لأن التركة كلها معتبرة حاضرة ، لأن فى نصيب

= فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه ، واعتبر بذلك مالا حاضراً ، وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر ، فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضراً ، وفى هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه فى المـال الحاضر ، إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ، ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

الوارث المدين وفاء بالدين ، فلا يخشى عليه التوى ، فإن أدى الدين تسلم نصيبه ، وإن لم يؤده بيع ووفى الدين المستحق للتركة من ثمنه ، وحق باقى الورثة والموصى له إن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة قد تعلق بنصيب الوارث المدين ، كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، فإن كان هناك موصى له بثلث التركة ، وللموصى ابنان أحدهما مدين بتسعمائة جنيه والتركة ١٢٠ فدان ، وهذا الدين، فالموصى له يستحق ثلثها، وكل واحد من الابنين الثلث ، فيأخذ الموصى له حصته من الأطيان (٤٠ ف) فداناً ، والابن غير المدين حصته (٤٠ ف) أيضاً ، والأربعون الثالثة تكون تحت أيديهما كالرهن للوفاء بحصتهما من الدين ، وهى (٣٠٠ جنيه) لكل واحد منهما ، فان وفاها تسلم أطيانه ، وإلا بيع منها بأمر القاضى مايوفى بحصتهما من الدين أو يأخذ الباقى .

وتعتبر التركة كلها كما قلنا مالا حاضراً بما فيها الدين لضمان استيفائه بالنصيب من الميراث ، سواء أكانت التركة كلها أوبعضها من جنس الدين أم لم يكن شىء منها من جنس الدين .

غير إنه إن كان بعضها من جنس الدين سقط من الدين ما يعادل حصة الوارث فى جنسه ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (فدان) و٦٠٠ جنيه ، والدين ٩٠٠ وكان الموصى له بالثلث مع ابنين ، أحدهما المدين كما ذكرنا ، فانه يسقط من الدين مائتا جنيه هى حصة المدين وتحتسب المائتان من حصة الموصى له والوارث غير المدين فى الدين ، أى أنه يكون لكل واحد منهما عليه بعد ذلك مائتان ، ويكون نصيبه فى الأطيان ضماناً لأدائها ، وهكذا . .

الحال الثالثة — أن يكون الدين قد حل أداؤه ، ونصيب الوارث لا يفى به ، وفى هذه الحال يعتبر الزائد عن النصيب كالدين على أجنبى ، أى يعتبر مالا غائباً ، والذى يقابل مقدار نصيبه يعد مالا حاضراً ، فيأخذ الموصى له من الوصية ثلث المال الحاضر كله ، وإن بقى له شىء يأخذ ثلث مايستوفى من القدر الزائد من

الدين ، حتى تتم الوصية ، هذا وقد نبه القانون إلى أن النقود والأوراق النقدية تعتبر كلها جنساً واحداً .

وهذه الأحكام مأخوذة كلها من مذهب أبى حنيفة ، وهى بالتفصيل فى المبسوط[1] فارجع إليه .

وإنه من المفيد أن ننقل هنا ماجاء بالمذكرة التفسيرية فى تنفيذ الوصية إذا كان فى التركة دين أو مال غائب وهذا نصها :

لم تستوف المادة ٥٥٢ من الأصل (أى كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم قدري باشا ، إذا كان فى التركة دين أو مال غائب ، ولما كانت الحاجة ماسة إلى استيفاء الأحكام على وجه شامل ، وضعت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، لبيان هذه الأحكام والمواد .

١ — والمراد بالنقود المرسلة النقود التى لم تعين بالذات ، ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بألف جنيه (٢) والمراد بالدين كل مالم يستوف إلى وقت القسمة ، أما مااستوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر ، (٣) وبالعين مايشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها ، وعروض التجارة ، كالوصية بمافى حانوتى الفلانى ، وكل معين آخر عقاراً كان أومنقولا (٤) وبالمال الغائب ماكان خارجا عن تصرف الموصى والورثة ، أوكان مخوفاً عليه كالمال المغصوب ، أو المودع فى مصرف فى بلد معاد لبلد الموصى .

ا — وإذا كان فى التركة دين على أجنبى أومال غائب (١) فان كانت الوصية بنقود مرسلة ، وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقداً ، إن كان فى الحاضر نقود تفى بها ، وإلا بيع له منها بقدرمايفى بها ، وإن كانت لاتخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقداً بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شىء من الدين أو المال الغائب أخذ منه بقدر ثلثه نقداً ، حتى يستوفى

(١) المبسوط جـ ٢٨ ص ١٤٤ .

وصيته ، وفى جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ماتساوى قيمته الوصية بالاتفاق مع من الورثة .

٢ — وإن كانت الوصية بمعين ، وكان يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كله ، وإن كان لايخرج من ثلث الحاضر من التركة ، واستحق منه بقدر ثلث الحاضر من التركة والباقى للورثة ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه ، حتى يستوفى وصيته (مادة ٤٣) .

والأحكام فى هذه المادة من مذهب الحنفية ، إلا فى حالة الموصى به المعين فان الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجى فى مذهب المالكية .

٣ — وإن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها ، سواء أكانت كلها حاضرة أم غائبة أم بعضها حاضر وبعضها غائب ، فهو شريك الورثة بسهمه فى الحاضر والغائب أخذاً من مذهب الحنفية (مادة ٤٤) .

٤ — وإن كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من المال كالوصية بربع أطيانه أو منازله التى بالجهة الفلانية أو بربع أمواله فى التجارة أو ديونه التى على التجار أو غير ذلك ، فاذا كان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه ، وإن كان غائباً أو ديناً ، أخذ سهمه مما يحضر منه ، وإن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه فى الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ولكنه فى جميع هذه الصور لايستحق شيئاً مما ذكر إلا إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا أخذ بقدر الثلث فقط ، وكلما حضر شيء منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة ، حتى يستوفى سهمه منه (أخذ من مذهب الحنابلة) .

وإذا كان الباقى من النوع قد قسم على الورثة وكان فى رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسيناً أو زيادة فانه لا يرد منه شيء ويستوفى الموصى له باقى وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها

أخذاً من مذهب الحنفية والقاعدة التي ذكروها « الضرر يزال » (مادة ٤٥) .

(ب) وإذا كان في التركة دين على وارث .

١ ــ فان كان مؤجلا كان حكمه حكم الدين الذي على الأجنبي في جميع الأحوال المارة .

٢ ــ وإن كان حالا ، وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففي جميع الأحول المارة أيضاً تقع المقاصة في الدين بقدر سهام المدين ، ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضراً ، وطريقة الحساب في هذا نصحح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ، ثم نسقط سهام الوارث المدين ، ونقسم ما كان من جنس الدين في التركة على سهام الموصى له ، والوارث غير المدين والمدين يستوفي سهامه مما عليه من الدين إن كان دينه مثل سهامه أو أكثر ، ويعتبر ما استوفاه مالا حاضراً ، وإن كان دينه أقل اعتبر مالا حاضراً يضم على جنسه في التركة وتستخرج الوصية على حسابه .

١ ــ مثال الوصية بالدراهم المرسلة .

اذا أوصى بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقداً كانت الفريضة من ثلاثة ، لأن الوصية بالدراهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدماً على حق الوارث ، وفريضة الثلث ثلاثة ، فيكون للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والابن المدين مستوف حقه مما عليه فلا يزاحم الموصى له والابن الآخر فيسقط سهمه ويقسم النقد بين الموصى له والابن الآخر على سهمين فيكون للموصى له مائة هي تمام وصيته ، وللابن غير المدين مائة ، واذا أخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف مثل ذلك ، لأن حق الاثنين في التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضراً ، ولو كان الدين أكثر من مائة فالحكم لا يتغير في اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص شيء من الابن المدين أخذه الابن الثاني مما له حتى يستوفي حقه .

ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضراً ، وأخذ الموصى له وصيته على

وفقه ، والباقى يكون بين الابنين مع المقاصة فيها عند الدين وإن كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقى من النقد مع الدين تركة بين الابنين مع المقاصة فى الدين :

٢ — مثال الوصية بسهم شائع .

وإذا أوصى بربع تركة وخلف ابنين أحـــدهما مدين بمائة وخلف نقداً فالفريضة من ثمانية ، للموصى له سهمان ، ولكل ابن ثلاثة أسهم ، تسقط سهام الابن المدين ، ويقسم النقد على خمسة أسهم للموصى له أربعون ، وللابن غير المدين ستون وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين ، نفذت الوصية فى ربعها إلى أن يتيسر باقى الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ويؤدى خمسة وعشرين للموصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامها ، وبذلك يكمل للموصى له خمسون تمام وصيته وللابن خمسة وسبعون تمام حقه ، وباقى الأمثلة يمكن تخريجها قياساً على ما سبق .

٣ — ومثال الوصية بسهم شائع فى نوع التركة :

ترك مائة نقداً وعقاراً قيمته مائة ، ومائة على أحد الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع النقد ، فالوصية هنا لا تخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وتصحح المسألة من ثلاثة ، للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والمائة النقد بين الموصى له والابن غير المدين ، للموصى له منها ستة وستون وثلثان ، وهو ثلث التركة الحاضرة من العقار والنقد ، وللابن غير المدين ثلاثة وثلاثون وثلث وبهذا يتبين أن المدين استوفى مثل ذلك لعدم التفاضل بين الابنين ، وما جعل مستوفياً له يعتبر تركة حاضرة ، فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً ، للموصى له خمسة وسبعون كمال وصيته لأنها تخرج من ثلث الحاضر ، وللابن غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ، ويمسك النصف الآخر وهو حصة المدين ، حتى يؤدى ما عليه له فى الدين ، وهو سبعة وثلاثون ونصف .

٤ — وإن كان الدين الحال على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة

يقسم الحاضر من التركة على سهام الموصى له وجميع الورثة بعد تصحيح المسألة ويعتبر الدين مالا حاضراً ، إن كان قدر حصة المدين أو أقل ، وإن كان أكثر كان الزائد كالدين على الأجنبي ، وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ، ولا تسلم حصة المدين فى الحاضر ، حتى يؤدى قدرها من الدين ، فإن لم يؤد باعها القاضى ، ووفى الدين منها ، فإذا خلف ابنين وله على أحدهما ألف ، وترك عقاراً قيمته ألفان ، وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصى له والابنين أثلاثاً ، ولكن نصيب الابن المدين يوقف فى يد الموصى له والابن غير المدين ، بمنزلة المرهون فى يد المرتهن لما لهما عليه من الدين ، فإذا أدى إليهما ثلثى ما عنده من الدين اقتسماه ، وسلم له ثلث العقار الموقوف ، وإلا رفع الأمر إلى القاضى ؛ ليبيع حصته فى العقار لإيفاء ما عليه من الدين (مادة ٤٦) وجميع الأحكام فى هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية .

تزاحم الوصايا

٢١٣ م — معنى تزاحم الوصايا أن تتعدد، ولا يتسع الثلث لها كلها، إن لم يجز الورثة، أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعها، فعندئذ يكون التزاحم؛ إذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثلث يسعها، أو كانت التركة تسعها، وقد أجازها الورثة، أو لم يكن ورثة قط، فان الوصايا كلها تنفذ أيضاً ولا تزاحم.

والقاعدة أنه عند التزاحم يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة[1]، سواء أكان المتوفى قد أوصى لهم فعلا بحقهم، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون، فانهم يأخذونها، فاذا كانت تساوى الثلث، ولم يجز الورثة سواه فانهم يستبدون بالثلث، وليس لأحد قبلهم شيء، وإن كانوا يأخذون أقل من الثلث، فانهم يأخذون حصتهم كاملة، والباقى من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية.

٢١٤ — وإذا كانت الوصايا كلها اختيارية، فلذلك ثلاثة أحوال: الحال الأولى أن تكون الوصايا كلها للعباد، وليس بعضها للقربات، الثانية ـ أن تكون كلها للقربات ـ الثالثة ـ أن يكون بعضها للعباد، وبعضها للقربات.

أما الحال الأولى، وهى أن تكون كلها للعباد، وليس بعضها للقربات[2]، والحكم فى هذه الحال أن الورثة إذا لم يجيزوا ولم يسع الثلث جميع الوصايا قسم الثلث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة، فاذا كان أحدهم موصى له بالثلث، والآخر بالربع، والثالث بالسدس، قسم الثلث بين هؤلاء بنسبة نصيب كل واحد منهم إلى الآخر، والطريق لذلك أن نخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور، فيكون ١٢، الثلث يساوى أربعة، والربع ثلاثة، والسدس اثنان فيقسم ثلث

---

(١) راجع المادة ٧٨ وقد شرحناها عند الكلام فى الوصية الواجبة.

(٢) اشتملت على بيان هذا النوع من التزاحم المادة ٨٠ المادة ونصها: «إذا زادت الوصايا على ثلث التركة، وأجازها الورثة، وكانت التركة لا تفى بالوصايا، أو لم يجيزوها، وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين — نصيبه إلا من هذه العين».

التركة على تسعة يكون لصاحب الثلث أربعة منها ، ولصاحب الربع ثلاثة منها ، وللأخير اثنان منها .

وإن أجاز الورثة الوصايا كلها ، وضاقت التركة عن تنفيذها ، فإن التركة تقسم أيضاً بنسب الوصايا ، فإن كان بعضهم قد أوصى له بنصف المال ، والآخر بكله ، والثالث بثلثه ، يقسم المال بنسبة واحد ، إلى نصف ، وثلث ، فيخرج المضاعف المضاعف البسيط بين مقام النصف ، والثلث . وهو ٦ يكون للنصف ٣ ، وللثلث اثنان ، وللموصى له بالكل ستة كاملة ، فتقسم التركة على هذا المجموع ، (٣ + ٢ + ٦) أى يقسم على أحد عشر ، يخص الموصى له بالكل ستة ، والموصى له بالنصف ثلاثة والموصى له بالثلث اثنان .

٢١٥ — هذه طريقة تقسيم الثلث عند التزاحم بالمحاصة ، وهى طريقة الصاحبين فى التقسيم ، سواء أكان التزاحم فى دائرة الثلث ، أم كان التزاحم فى التركة كلها .

أما رأى أبى حنيفة ، فهو أن التزاحم إن كان فى الثلث ، وكانت كل واحدة من الوصايا المتزاحمة لا تزيد على الثلث ، فكما رأى الصاحبان ، وكذلك إذا كانت الوصايا معينة أو بنقود مرسلة ، ولو زادت على الثلث كل واحدة بمفردها ، فإنه يضرب بحصته ، ولو كان أكثر من الثلث ، ففى هذه الصورة يتفق رأى أبى حنيفة ، ورأى الصاحبين أيضاً .

أما موضع الخلاف إذا كان التزاحم فى دائرة الثلث ، فهو ما إذا كانت إحدى الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، وامتنع الورثة عن إجازة ما زاد عن الثلث ، ولم تكن بالنقود المرسلة ، ولا وصية بشىء معين .

ففى هذه الحال قال أبو حنيفة إن الوصية التى تزيد على الثلث تعتبر كأنها بالثلث فقط ، ويتزاحم الجميع على هذا الأساس بحصصهم ، فإذا اوصى لشخص بنصف ، ولآخر بالثلث ، ولم يجز الورثة اقتسما الثلث بينهما مناصفة ؛ لأن الوصية إن كانت أكثر من الثلث نقصت عند التزاحم فى الثلث إلى الثلث فقط ، فصار هناك

وصيتان كلتاهما بالثلث تتزاحمان فيه ، فيكون بينهما مناصفة .

وحجة أبى حنيفة فى ذلك أن الوصية بما زاد على الثلث أبطلت فى الزيادة بعدم الإجازة ، إذ لايتصور نفاذها فتبطل ، والباطل لا يعتبر ، وإنما كان التفاوت فى مقدار الوصايا معتبراً على أساس أن كل وصية لو كانت بمفردها لاستحقت جميعاً عن عدم الإجازة ، ولوكانت الوصية بمفردها مااستحق الزائد على النصف عندعدم الإجازة ، وإذا فعندعدم الإجازه تلغى الزيادة ، ولا يعتبر فى التزاحم إلا الثلث ، ولا عبرة بالتفضيل بين صاحب النصف والثلث ، لأن التفضيل مبنى على أساس الاستحقاق الكامل عند الانفراد ولم يكن ، فيتزاحمان إذن على أساس الثلث ، دون سواه .

وحجة الصاحبين أن الوصايا يلاحظ عند تنفيذها أمران (أحدهما) حق الورثة فى الثلثين (وثانيهما) مراعاة إرادة الموصى فى تنفيذ وصاياه ، وفى التفاوت بين الموصى لهم بما رسم وبين ، فلما زادت الوصايا على الثلث ، تعذر تنفيذها جميعاً إذا لم يجز الورثة ، فان لم يجيزوا لا يمكن تنفيذ إرادة الموصى فى تنفيذ مقادير الوصايا كلها ، لأن فى ذلك إبطالا لحقوق الورثة ، ومن الواجب أن تنفذ إرادته التى يمكن تنفيذها ، وهى إرادة التفاوت بين الموصى لهم بنسبة الحصص التى بينها ، فكان توزيع الثلث بالحصص هو المتفق مع إرادة الموصى ، وهو العدل فى ذاته ، وبذلك أخذ القانون كما ذكرنا .

٢١٦ — هذا إذا كان التزاحم فى الثلث ، أما إذا أجاز الورثة ، وكان التزاحم فى التركة كلها ، فقد علمت رأى الصاحبين ، وهو التقسيم بنسبة الحصص وقد بينا ذلك .

أما أبو حنيفة فقد ذكر الكرخى أنه لم يرو عنه رأى فى ذلك ، وأن ما ينسب إليه من قول فيه إنما هو تخريج وقياس على المدون من أقواله فى التزاحم فى الثلث .

وروى عن أبى يوسف ومحمد عنه ، أنهما نقلا عنه أنه قال إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بكله : الموصى له بالكل يأخذ الثلثين خاصة ، ويكون الثلث

الباقى بينه وبين الموصى له بالثلث ، فيتزاحمان فيه ، ويأخذ كل واحد منهما نصفه ، وهو سدس الكل ، فيكون للموصى له بالكل خمسة أسداس ، وللموصى له بالثلث السدس .

وتلك الطريق المروية عن أبى حنيفة هى طريقة المنازعة ، أى أن التقسيم بالنسبة هو فى موضع التزاحم فقط ، فإذا أوصى بالكل لشخص ، وبالثلث لآخر ، فكأنه لانزاع بينهما فى الثلثين ، فهما سالمان للموصى بالكل ، وإنما موضع النزاع هو الثلث ، فيزاحمان فيه ، ويكون بالتزاحم لكل نصفه ، فتكون النتيجة ماذكرنا .

ولقد أنكر الحسن بن زياد هذه الرواية ، وقرر مايفيد أن رأى أبى حنيفة يتفق مع رأى الصاحبين فى التزاحم فى التركة ، والله أعلم .

٢١٧ — هذه أحكام التزاحم إذا كانت الوصايا كلها للعباد ، قد بينا حكم القانون فيها ، ومصدره الفقهى ووازناه بغيره من آراء الفقهاء فى المذهب الحنفى .

وقبل أن ننتقل إلى التزاحم فى الوصايا بالقربات وحدها نشير إلى ثلاثة أمور :

أولها — أنه عند الوصية بمعين وتزاحمها مع غيرها بعد تقدير حصة الموصى له بالنسبة لحصص غيره ، لا يأخذ نصيبه إلا من العين ، فاذا قدرت حصته بنصف الثلث استوفاه من العين ، ولا يستوفيه من سواها ؛ لأن حقه متعلق بها فلا يأخذه من غيرها ما أمكن الاستيفاء منها ، ولا ضرر على غيره فى ذلك ، ومن جهة أخرى فذلك تنفيذ لإرادة الموصى ، وهى واجبة التنفيذ بالقدر الممكن الذى يتفق مع مراعاة الحقوق .

ثانيها — أن تقدير المنافع ، والمرتبات فى الوصايا بها وتزاحمها مع غيرها يكون بما نص عليه فى القانون فى مواضعه ، فتقدر المنفعة بقيمة العين المتعلقة بها ، إن كانت الوصية لغيره مدة معلومة ، أو لمدة معلومة تزيد على عشر سنوات ، وتقدر المرتبات بجزء من غلات العين ، بالفرق بين قيمة العين محملة بحقها ، وقيمتها غير

محملة ، والمرتبات بجزء من رأس المال بمقدار ذلك المرتب على النحو المبين فى القانون ومذكرته التفسيرية ، وإن كان ذلك المسلك موضع نقد قد بيناه فى موضعه .

ثالثها — أن الوصية بالمرتبات، تكون لمدة حياة المستحق لها ، إن كانت لمعين وقدرت بحياته ، فإذا مات أو كانت لجهة وانقطعت ، كان النصيب الذى خصص لها من الثلث للورثة ، إذ أن الوصية إذا انتهت عاد ما كان لها للورثة ، فتعود إليهم[1] .

٢١٨ — والحال الثانية أن تكون الوصايا كلها للقربات ، والحكم فى هذه كما جاء فى القانون ومذكرته التفسيرية أنها إن كانت متحدة النوع ، بأن كانت كلها بالفرائض ، كالوصية بما عليه من حج وزكاة ، أو كلها واجبات كالوصية بما عليه من صدقة الفطر والنذور ، أو كانت كلها تطوعا ، كالوصية بالصدقة على الفقراء — أن الوصية تكون لها جميعها بالتساوى ، فإذا أوصى بمقدار ، ليكون منه أداء ما عليه من حج فاته ، وزكاة عليه وفدية صوم ، فإن وسعها الثلث نفذت ، وإن لم يسعها ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما بالتساوى ، فما خص الحج صرف له ، وما خص الزكاة أنفق فى سبيلها .

وهذا إذا لم يكن الموصى رتب بينها بالنص ، فإن رتب بينها بالنص اتبع ما رتب ، فيصرف الثلث أولا فيما نص على أنه يكون أولى من غيره ، فإن بقى شىء فلما يليه .

وكذلك إذا نص على التفاوت فى المقادير اتبع ما نص عليه ، فإذا نص على أن يكون للزكاة قدر معلوم ، وللحج قدر آخر ، فانه فى هذه الصورة إن ضاق الثلث عنها وزع الباقى بنسبة المقادير التى ذكرها ، وقسم بالمحاصة ، وذلك لأن له

(١) ذلك ما بينته المادة ٨٢ ونصها :

« إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ، ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها كان نصيبها لورثة الموصى » .

أن يقدم بعضها على بعض ، فأولى أن يكون له أن يجعل مقادير استحقاقها متفاوتة ، فتنفذ إرادته ، ولأن هذه كانت لتقصيرات ، ولعله كان مقصراً فى إحداها أكثر من الأخرى ؛ فجعل الزيادة ليتدارك مافاته ؛ ويقضى ما قصر فيه بمقدار تقصيره .

هذا كله إذا كانت القربات مرتبة واحدة أو اختلفت وتولى الموصى الترتيب بينها ، وإن اختلفت مراتبها ولم يتول ترتيبها ، وكان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، وبعضها نافلة ، فى هذه الحال يقدم الأقوى فى الأداء عن غيره ، إن ضاق المقدار الذى تنفذ فيه الوصية عن أن يسعها جميعها ، فتقدم الفرائض على الواجبات ، وتقدم الواجبات على النوافل[1] .

وإذا قدم الأقوى وزع المقدار على القربات التى اتحدت فيه على الطريقة السابقة ، فإن وسعها نفذت كلها ، وإن ضاق عنها كانت بالتساوى فيه ، إن لم يذكر نسبا بينها ، وإن ذكرها بسهام مختلفة كانت محاصة بالسهام .

وذلك لأن القربات كلها لله سبحانه وتعالى ، فإذا كانت بينها فرائض ، ولم يسع الثلث كل الوصايا ، نفذت الفرائض أولا ؛ لأن الطلب فيها أشد . وتنفيذ الوصايا لمصلحة الموصى وتنفيذ إرادته ، ومصلحته فى أن تنفذ الفرائض أولا ، ثم الواجبات ، ثم النوافل ، ولأن الفرائض المالية ، تعتبر كالديون فتكون مقدمة على سائر الوصايا ، لما فيها من معنى الدين .

٢١٩ — والحال الثالثة ، وهى الأخيرة ، أن تكون الوصايا فيها قربات وفيها وصايا للعباد ، كأن يوصى بمقدار من المال للزكاة عنه ، والحج عنه ، وفدية

---

(١) يفرق فقهاء الحنفية بين الفرض والواجب ، فيقولون الفرض ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه ، والواجب ما ثبت بدليل ظنى فيه شبهة ، وغيرهم من الفقهاء لا يفرقون بين الفرائض والواجبات . ولقد سارت القانون على مذهب الحنفية ، كما جاء فى المادة ٨١ التى اشتملت على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالقربات ، ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فان كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق ، وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات ، والواجبات على النوافل » .

للصوم ولزيد ، فان بين سهام كل جهة ، ولم يسع الثلث الجميع ، وزع الثلث بنسبة السهام التى ذكرها ، فإن قال للحج الربع ، وللزكاة الثلث ، ولزيد الخمس ، وللصوم الخمس كانت بنسبتها ، وإن لم يذكر كان لكل جهة سهم ، ولزيد سهم أيضاً ، فيقسم الثلث أرباعاً وهكذا ؛ وذلك لأنه عند التعدد من غير تقسيم يكون الغرض الشركة بينها ، ولا تفاوت ، فتكون على قدر المساواة ، وهذا إذا كانت الجهات متحدة المرتبة ، وكذلك إذا كانت مختلفة المرتبة توزع على حسب العدد ، ثم ما يخص القربات يوزع فيها كأن الوصية بقربات وحدها ، فيأخذ الأقوى ، فان بقى شىء فلما يليه .

٢٢٠ — وهذه الأحكام كلها من مذهب أبى حنيفة ، ولكن ذكر القانون أنه عند اتحاد المرتبة توزع بالتساوى ، فاذا أوصى للزكاة والحج ، ولم يذكر سهاماً توزع بالتساوى ، وقالت المذكرة التفسيرية إن هذا رأى زفر ، وهو أحد رأيين مشهورين فى المذهب الحنفى أساسهما روايتان ، ولنذكرهما :

أولهما — أنه إذا اتحدت الرتبة بأن قال أوصيت بالثلث للزكاة وبالثلث للحج ، فانه لا يقسم بالتساوى ، وهذا ما ذهب إليه الكرخى ، وذكر أنه رواية عن الأئمة الثلاثة أبى حنيفة والصاحبين ، فقد جاء مختصره : « وقال هشام عن محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو قول محمد : كل شىء كان جميعه لله تعالى من الحج والصدقة ، والعتق وغيره فأوصى به رجل ، والثلث لا يبلغ ذلك فان كان كله تطوعاً بدىء بالأول مما نطق به ، حتى يأتى على آخره ، إذ ينقص الثلث فيبطل ما بقى ، وكذلك لو كان كله فريضة بدىء بالأول ، فالأول ، حتى يكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه تطوعاً ، وبعضه فريضة ، أو أوجبه على نفسه بدىء بالفرض أو ما أوجبه على نفسه ، وإن أخره فى نطقه ... قال هشام إلى هنا قولهم جميعاً »[1] .

الرأى الثانى — أنه عند اتحاد المرتبة لا يقدم الأسبق ذكراً ، بل يقدم الأقوى عبادة وقربة أو ثبوتاً ، وذلك هو تخريج الطحاوى ، ورأيه ، وذكر ابن

---

(١) رد المحتار نقلا من غاية البيان عن مختصر الكرخى .

عابدين ، أنه ليس الأرجح بل الأرجح السابق .

وقد ذكر الرأيين الزيلعي وذكر اختلاف الفقهاء في الأقوى ، وخرج عليها في كل المراتب ، فقال :

« وعن أبي يوسف رحمه الله إن الحج يقدم على الزكاة ، لأنه يقام بالمال والبدن ، والزكاة بالمال فقط ، فكان الحج أقوى ، وهو قول محمد ، وهما يقدمان على الكفارة ، لرجحانهما عليها ، لأنه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما . قال الله تعالى : « والذين يكنزون الذهب والفضة ، ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم » ، وقال تعالى : « فتكوى بها جباههم وجنوبهم » ، وقال تعالى : « ومن كفر فان الله غني عن العالمين[1] » ، مكان ومن ترك الحج — إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما ، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية ، للاتفاق على وجوبها دون الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم الأقوى فالأقوى ، حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين ، لأنها أقوى وأكثر تغليظاً منهما ، ألا ترى أن الإسلام شرط في التحرير عنها دونهما ، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار ، لأنها تجب بهذه حرمة الله تعالى ، وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمه على نفسه ، فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونها ... » .

وهذا كله تخريج على مسلك الطحاوي وروايته في المذهب ، والراجح فيه تخريج الكرخي وروايته .

وقد سلك القانون غير المسلكين ، فسوى بينهما ، والله سبحانه وتعالى هو وحده العليم بالصواب .

---

(١) الآية الكريمة : « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ، ومن كفر فإن الله غني عن العالمين » ، فبدل أن يقول : ومن لم يحج فإن الله غني عن العالمين قال : « ومن كفر » فكان ذلك دليلا على عظم ترك الحج .

خاتمـــة

۲۲۱ — هذه خلاصة أحكام القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، وتلك مصادره الفقهية، وقد تصدى لبيان طائفة كبيرة من أحكام المسائل الخاصة بالوصايا، ولكنه لم يستقر كل الأحكام، بل قد أتى بالأصول، وقد خالف فى هذه كثيراً مما جاء بالمذهب الذى كان معمولا به من قبل، وهو مذهب الإمام أبى حنيفة.

وإذا عرض للقضاء مالم ينص عليه فى هـذا القانون، فكيف يقضى ؟ إنى أرى أن ما يعرض للقضاء إذا كان تفريعاً لمسائل قد بين القانون أصلها، فإنه يرجع فى هذا التفريع إلى المصدر الذى اشتق القانون منه ذلك الأصل، فإن كان الأصل هو مذهب مالك أخذ التفصيل من ذلك المذهب، وهكذا.

وإن كان ما يعرض للقضاء ليس تفريعاً لأصل ذكره القانون، فانه يؤخذ بمذهب أبى حنيفة، لأن المـادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لازالت قائمة لم تنسخ ولم يوجد ماينسخها، وهذا ما ذكرته المذكرة التفسيرية، فقد جاء فيها : « إذا جد من الحوادث مالم ينص على حكمه فى هذا القانون، فانه يجب الرجوع فيـه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، كما تقضى بذلك المـادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ».

والله ولى التوفيق.

قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦

باصدار قانون الوصية

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر مجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

مادة ١ — يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة لهذا القانون .

مادة ٢ — على وزير العدل تنفيذ هـذا القانون ، ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

نأمر بأن يبصم هـذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة ؟

صدر بقصر المنتزه فى ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ (٢٤ يونية سنة ١٩٤٦)

فاروق

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزاره

اسماعيل صدقى

وزير العدل

محمد كامل مرسى

أحكام الوصية

الباب الأول
فى أحكامه عامة

الفصل الأول
تعريف الوصية وركنها وشرائطها

مادة ١ — الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى مابعد الموت .

مادة ٢ — تنعقد الوصية بالعبارة أوبالكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها .

مادة ٣ — يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية .

مادة ٤ — مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة

بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه .

والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة .

مادة ٥ — يشترط للموصى أن يكون أهلا للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى .

مادة ٦ — يشترط فى الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً .

فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة مانص عليه فى المادة ٢٠ .

مادة ٧ — تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير .

مادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

مادة ٩ — تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى .

مادة ١٠ — يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى .

(٢) أن يكون متقوماً عند وفاة الموصى إن كان مالا .

(٣) أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

مادة ١١ — تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التى تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

مادة ١٢ — تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معـــلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

مادة ١٣ — تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية .

مادة ١٤ — تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت .

وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له المعين إذا مات قبل موت الموصى .

مادة ١٥ — تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل قبول الموصى له .

مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .

مادة ١٧ — يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

الفصل الثانى

الرجوع عن الوصية

مادة ١٨ — يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة .

ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها .

ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصي بها ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبول الوصية وردها

مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول .

مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك .

مادة ٢٢ — لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى .

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة .

الباب الثانى

أحكام الوصية

الفصل الأول

فى الموصى له

مادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الموصى .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه .

مادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكروا فى المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

مادة ٢٨ — إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصى أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ففى هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقى لورثة الموصى وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

مادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين

لأولين فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة فى المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

مادة ٣٠ — تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة .

ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار فان لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك .

مادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ و٢٧ و٢٨ و٢٩ .

مادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

مادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

مادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

مادة ٣٥ — تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة

بائنة ، فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

مادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع .

الفصل الثانى

الموصى به

مادة ٣٧ — تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ما له أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

مادة ٣٨ — تصح وصية المدين المستغرق ما له بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية الباقى بعد وفاة المدين .

مادة ٣٩ — إذا كان الدين غيرمستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى

به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الدين .

مادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة .

مادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساويين فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة ان كانوا متفاضلين .

مادة ٤٢ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

مادة ٤٣ — إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أوبعين وكان فى التركة دين أومال غائب فان خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقى للورثة وكلما حضر شىء استحق الموصى له ثلثه ، حتى يستوفى حقه .

مادة ٤٤ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها ، وكلما حضر شىء استحق سهمه فيه .

مادة ٤٥ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقى للورثة وكلما حضر شىء استحق الموصى له بقدر ثلثه من

النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة فان كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه فى النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفى حقه .

مادة ٤٦ — فى جميع الأحوال المبينة فى المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً ، إن كان مساوياً لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر منه اعتبر مايساوى هذا النصيب مالا حاضراً .

وفى هذه الحالة لايستولى الوارث على نصيبه فى المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه .

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

مادة ٤٧ — إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شىء للموصى له ، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له مابقى منه إن كان يخرج من ثلث التركة ، وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

مادة ٤٨ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة فى معين فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له ، واذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقى ان وسعها وكانت تخرج من ثلث المال ، والا أخذ الباقى جميعه ان كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر مايخرج من الثلث .

مادة ٤٩ — اذا كانت الوصية بحصة شائعة فى نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شىء للموصى له ، وان هلك بعضه أو استحق فليس له الا حصته فى الباقى ان خرجت من ثلث المال ، والا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع فى نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

الفصل الثالث

فى الوصية بالمنافع

مادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة فى هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة فى باقيها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى .

مادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى .

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

مادة ٥٢ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم بالمنفعة على وجه التأبيد .

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدا والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

مادة ٥٣ — إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد فى خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة فى المدة كلها أو بعضها

على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

مادة ٥٤ — إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

مادة ٥٥ — إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى ومايستجد منها مستقبلا مالم تدل قرينة على خلاف ذلك .

مادة ٥٦ — إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

مادة ٥٧ — تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر .

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٥٩ — تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

مادة ٦١ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى .

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها .

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة .

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

الفصل الرابع

الوصية بالمرتبات

مادة ٦٤ — تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما وقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له .

مادة ٦٥ — إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

مادة ٦٦ — إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين فى المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أومن أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أوعاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

مادة ٦٧ — إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفى بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

مادة ٦٨ — إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أومؤبدة يوقف من مال الموصى ماتضمن غلته تنفيذ الوصية ولايوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصى .

مادة ٦٩ — فى الأحوال المبينة فى المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فاذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقى لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص .

مادة ٧٠ — لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير

الموجودين من الطبقتين الأولبين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين وتنفذ الوصـــايا بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة فى الموصى به

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العـين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن عاد البناء على وجه آخر اشـــترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين .

مادة ٧٣ — اذا هـدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض الى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة فى جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و٧٣ اذا كان ما دفعه الموصى أو زاده فى العـين يتسامح فى مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصـية وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها إذا وجـد ما يدل على أن الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — اذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

الفصل السادس

الوصيـــة الواجبة

مادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أومات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فىالتركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قدأعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخرقدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولادالأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أوأصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فان ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

مادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم .

مادة ٧٩ — فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم مايبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

الفصل السابع

فى تزاحم الوصايا

مادة ٨٠ — إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لاتفى بالوصايا أولم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أوالثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

مادة ٨١ — إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ماتنفذ فيه الوصية فان كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

مادة ٨٢ — إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصى .

بيان بمواضع مواد القانون من شرحه

مواضع محتويات الكتاب

إنشاء الوصية

(٣٠) القبول من القاصرين ونقد القانون فى تعميم حكمه ، نقد القانون فى عدم اعتبار قبول السفيه وذى الغفلة (٣٢) نقد القانون فى اشتراط الاستئذان من المجلس بالنسبة للأب والجد .

(٣٣) أقوال الفقهاء فى وقت ثبوت الملكية إذا تم القبول (٣٣) رأى المالكية والحنابلة ، رأى الحنفية والشافعية (٣٤) ثمرة الخلاف وأساسه .

(٣٦) ما اختاره القانون .

٣٧ الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث على الوصية

ص

(٣٧) التعليق والاضافة فى الوصية ونقد عبارة القانون (٣٨) اقتران الوصية بالشرط . ما لاحظه القانون فى الشروط الصحيحة (٣٨) الشروط غير الصحيحة وأثرها فى الوصية وأقسام الشروط .

(٤٠) أقوال الفقهاء فى الشروط الصحيحة وغير الصحيحة فى التصرفات عامة ، مذهب الحنابلة ، ومذهب غيرهم فى ذلك (٤١) الشروط الصحيحة وغير الصحيحة عند الحنفية (٤٢) التوسعة فى احترام الشروط فى الوقف والوصية (٤٣) نقد ابن القيم وابن تيمية لهذه التوسعة ، وأساس الخلاف بينهما وبين الفقهاء (٤٤) أقسام الشروط فى الوقت والوصية عند ابن تيمية (٤٥) القانون يتجه إلى تقييد الشروط فيسلك مسلك ابن القيم وشيخه . أو نقد عبارته (٤٦) الوصية التى محضت للمعصية

(٤٨) الوصية التى كان الباعث عليها معصية (٤٩) وصية غير المسلم .

(٤٩) أقول الفقهاء فى هذه الوصايا (٥٠) الأساس الفقهى الذى بنى عليه بطلان الوصايا لبواعثها .

(٥٢) المصدر الفقهى لأحكام القانون فى وصايا غير المسلمين .

٥٥ سماع دعوى الوصية

(٥٥) موازنة بين القانون ومشروعه ، ولائحة المحاكم الشرعية (٥٦) لا يشترط التسجيل لإنشاء الوصية ولا لسماع الدعوى ، بل لنقل الملكية .

٥٧ شروط الموصى

٦٣ شروط الموصى له ، وأحواله

١٠٢ الموصى به . شروطه وأحواله

١٩٠ — حكم الوصية
